REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO LXXXI - AÑO XLVII

NUMEROS 431 — 432

SEGUNDO SEMESTRE

1971

RELATORES: CAMILO VARGAS AYALA
LUIS C. PEREZ MONTOYA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO LXXXI - AÑO XLVII

Números 431 - 432

SEGUNDO SEMESTRE

1971

RELATORES: CAMILO VARGAS AYALA
LUIS C. PEREZ MONTOYA

CONSEJO DE ESTADO

SEGUNDO SEMESTRE 1971

SALA PLENA

PRESIDENTE: DOCTOR JUAN HERNANDEZ SAENZ

VICEPRESIDENTE: DOCTOR ALFONSO ARANGO HENAO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA:

Doctor Jorge Dávila Hernández
Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez
Doctor Humberto Mora Osejo
Doctor Alfonso Arango Henao

SECCION TERCERA:

DoctorAlfonso Castilla Saíz
Doctor Carlos Portocarrero Mutis
Doctor Osvaldo Abello Noguera
Doctor Gabriel Rojas Arbeláez

SECCION SEGUNDA:

Doctor Nemesio Camacho R.
Doctor Eduardo Aguilar Vélez
Doctor Alvaro Orejuela Gómez
Doctor Rafael Tafur Herrán

CUARTA:

Doctor Miguel Lleras Pizarro
Doctor Hernando Gómez Mejía
Doctor Juan Hernández Sáenz
Doctor Gustavo Salazar T.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Luis Carlos Sáchica
Doctor Alberto Hernández Mora
Doctor Alejandro Domínguez Molina
Doctor Mario Latorre Rueda

FISCALES:

Fiscal Primero:
Doctor Carlos Ramírez Arcila

Fiscal Segundo:
Doctor Gilberto Gartner Posada

Fiscal Tercero:
Doctor Bernardo Ortíz Amaya

Fiscal Cuarto:
Doctora Haydée Anzola Linares

SECRETARIO GENERAL:

Hernando Franco Rojas

RELATORES:

ZAMIR SILVA A.
ANTONIO J. ARCINIEGAS A.

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

Consultas del Gobierno

CONSULTAS DEL GOBIERNO

SIERRA "LA MACARENA". Al INDERENA como organismo de la administración nacional creado para el desarrollo de los recursos naturales renovables y asegurar su protección y fomento, le corresponde la administración de la Sierra "La Macarena", como reserva natural que es, en cuanto debe vigilarse y preservarse la integridad de las riquezas naturales en ella existentes, y en cuanto éstas, además, debe aprovecharlas el Instituto en el cumplimiento de los fines que le señala la ley. Al INDERENA no le corresponde reglamentar el funcionamiento y las actividades que deben desarrollarse en "La Macarena". Incorporada como está la reserva a la Universidad Nacional y destinada a fines científicos y educativos, las actividades que en ella se desarrollen debe organizarlas y administrarlas la Universidad Nacional, como lo dispone expresamente el decreto 438 de 1949.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

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

Bogotá, D.E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y uno.

Radicación No. 511

El Señor Ministro de Agricultura somete a la consideración de la Sala la siguiente consulta:

"1. Si el Decreto 2420 de 1968, art. 22, en cuanto adscribió al INDERENA la función de delimitar, reservar y administrar las zonas de reserva, le dió, igualmente, la facultad de administrar la Sierra "LA MACARENA";

"2. Si le corresponde al INDERENA reglamentar el funcionamiento y las actividades a desarrollar en "LA MACARENA";

"3. Si solamente la Universidad Nacional puede efectuar estudios e investigaciones en "LA MACARENA", o si el INDERENA puede y debe establecer los aspectos que han de investigarse en dicha zona y en el primer caso si el INDERENA está en la obligación de hacer inversiones en ella;

"4. Si puede el INCORA u otra entidad con facultad legal para ello, hacer adjudicaciones dentro de "LA MACARENA", sin el consentimiento de la Universidad Nacional o del INDERENA, según sea el caso y sin que previamente se haya levantado la reserva;

"5. Si puede el INDERENA hacer modificaciones de linderos o cambiar el status de reserva por cualquier otro similar, como Parque Nacional Natural, siendo que "LA MACARENA", está declarada como Monumento Nacional".

Señala el Señor Ministro de Agricultura, como antecedentes legales de la consulta los siguientes:

"La Ley 52 de 1948 declaró como zona de reserva la Sierra denominada "LA MACARENA", destinándola, como reserva biológica, para estudios en ciencias naturales. Al efecto creó la Estación Biológica "JOSE JERONIMO TRIANA", dependiente del Instituto de Enfermedades Tropicales "ROBERTO FRANCO" y facultó al Gobierno Nacional para reglamentar esa Ley y para fijar los límites de la Sierra.

"El Gobierno Nacional expidió el Decreto 438 de 1949, en el cual se señaló como objetivo de la reserva: la conservación de todas las riquezas naturales que en ella se encuentran y hacer de su territorio fuente de estudio e investigación en el campo de las ciencias naturales. Señaló, además, que estas investigaciones tendrán la organización técnica y administrativa que le dé el Director del Instituto "ROBERTO FRANCO". Posteriormente, la Ley 57 de 1963 incorporó tanto el Instituto "ROBERTO FRANCO" como la Estación Biológica "JOSE JERONIMO TRIANA" a la Universidad Nacional como dependiente de la Escuela de Salud Pública de esa entidad.

"Delimitada (sic) el área de la reserva por el Decreto 2963 de 1965, se declaró la Sierra de "LA MACARENA" como Monumento Nacional por medio de la Ley 163 de 1959, reglamentada por el Decreto 264 de 1963.

"El Decreto 2420 de 1968, en su Artículo 23, Literal b) adscribió al INDERENA la función de: "Delimitar. reservar y administrar las áreas que se consideren necesarias para la adecuada protección de las aguas, bosques, los suelos y la fauna, autorizar la sustracción de zonas dentro de esa reserva".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

I

1. El legislador de 1948, al declarar en la ley 52 de ese año, reserva nacional el territorio de la Sierra denominada "La Macarena", en la Intendencia del Meta, lo hizo con el fin específico, según lo expresa el art. 2o., de que sirviera "como reserva biológica natural para estudios de ciencias naturales". En desarrollo de este propósito, la misma ley ordenó que en la Sierra "La Macarena" se estableciera una estación biológica y facultó al Gobierno Nacional para "contratar o aceptar la cooperación de entidades científicas nacionales o extranjeras que deseen avanzar estudios de ciencias naturales en la Reserva Biológica "La Macarena". (art. 3o.).

El decreto 438 de 1949, reglamentario de la ley 52 de 1948, precisó aún más el sentido de la ley, al disponer que la reserva nacional "La Macarena"... "tiene por objeto conservar todas las riquezas naturales que en ella se encuentren, para hacer de este territorio fuente de estudio e investigación en el campo de las ciencias naturales".

La destinación de la reserva para fines científicos, la ratificó el legislador de 1963, en la ley 57 de ese año, "por la cual se incorpora a la Universidad Nacional el Instituto de Enfermedades Tropicales "Roberto Franco" de Villavicencio, la Reserva Nacional de "La Macarena" y la Estación Biológica "José Jerónimo Triana" como dependencias "para el progreso de programas educativos y de investigaciones de campo en pro del desarrollo económico, social y sanitario de los Llanos Orientales de Colombia".

De los textos comentados, tanto legales como reglamentarios, se desprende la destinación, por mandato del legislador, del territorio de la Sierra "La Macarena" a fines de investigación científica y educativos, como reserva integral de todas las riquezas naturales que en ella se encuentren y su incorporación, para estos efectos, a la Universidad Nacional.

2. Por otra parte, la ley 163 de 1959, que adoptó medidas para la "defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y de los monumentos públicos de la Nación", al declarar la Sierra "la Macarena" (art. 5o.) "monumento nacional, por su importancia científica", la dejó sometida a las disposiciones de ese estatuto especial, entre las que deben mencionarse la

vigilancia y control sobre los Monumentos Nacionales atribuídos al Consejo que crea la ley mencionada (art. 23), y la obligación en que están "las entidades de derecho público y las personas naturales o jurídicas que por cualquier motivo ocupen inmuebles históricos, o estén encargadas de la conservación y vigilancia de monumentos inmuebles comprendidos en esta ley. . . de informar al Consejo de Monumentos Nacionales sobre el estado en que se encuentren los que estén bajo su responsabilidad y cuidado, y someter a la consideración de dicha entidad los planes de reforma, preservación y restauración de los mismos".

3. La ley 52 de 1948, facultó al Gobierno Nacional (art. 5o), para fijar de acuerdo con el Instituto Geográfico Militar, los límites de la Sierra "La Macarena".

Así lo hizo por medio del decreto 2963 de 1965, en cuya parte motiva se advierte "que como consecuencia del estudio adelantado por una comisión integrada por especialistas del Ministerio de Agricultura y del Instituto de Ciencias Naturales, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" adoptó la delimitación propuesta por la mencionada comisión, con un área calculada en 11.313.50 kilómetros cuadrados, sobre mapa a escala de 1:500.000".

Debe anotarse, además, a este respecto, que el artículo 3o. de la ley 163 de 1959 dispone que el Consejo de Monumentos Nacionales "delimitará la extensión superficiaria de las reservas nacionales que deban hacerse en los monumentos" facultad que el Consejo no tuvo que ejercer en cuanto a la Sierra "La Macarena" por haber sido delimitada la reserva por el Gobierno Nacional en el decreto 2963 de 1965 citado, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 52 de 1948, art. 5o.

4. Las atribuciones que el decreto 2420 de 1968 confiere al Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, (INDERENA), para "reservar y administrar las áreas que presenten condiciones especiales de fauna, flora, paisajes o ubicación, con fines científicos, educativos, recreativos o estéticos", o para "delimitar, reservar y administrar las áreas que se consideren necesarias para la adecuada protección de las aguas, los bosques, los suelos y la fauna", o para excluir zonas de las áreas reservadas; deben entenderse sin perjuicio de los estatutos especiales, que en razón de otras circunstancias o consideraciones ha dictado el propio legislador para cierta clase de reservas, como es el caso de "La Macarena". En consecuencia en relación con esta reserva, el Inderena debe ejercer sus funciones en armonía y respetando las normas legales a que está sometida como monumento nacional y como reserva integral de todas las riquezas naturales.

El hecho de que la Sierra "La Macarena" sea monumento nacional como obra de la naturaleza de gran interés científico, indispensable para el estudio de la flora, la fauna y la geología, y que además esté destinada como reserva biológica para el estudio de ciencias naturales, no exime al INDERENA de su obligación de vigilancia y control de la reserva, para la preservación de todas las riquezas naturales (art. 23–h) del decreto 2420 de 1968 , ni le interfiere el aprovechamiento de ella para "realizar y fomentar actividades de repoblación forestal, íctica y de fauna silvestre", función que igualmente le atribuye la ley.

Entre las funciones que el decreto 2420 de 1968, asigna al INDERENA, está la de "hacer cumplir las normas relacionadas con los recursos naturales renovables del país". (art. 23–h).

La misma disposición agrega: "Para el efecto el Instituto estará dotado de las facultades policivas correspondientes, que venían ejerciendo las entidades cuyas funciones se le adscriben por este decreto". Debe, además, tenerse en cuenta, que desde el 1o. de enero de 1969, según lo dispone el art. 25 del decreto 2420 de 1968, el Incora ya no tiene entre sus funciones la de conservación forestal y vigilancia de los bosques nacionales, que le atribuía la ley 135 de 1961.

5. En lo relativo a las investigaciones y estudio de ciencias naturales que deben adelantarse en la reserva "La Macarena", cabe anotar:

La ley 52 de 1948, art. 2o., dispuso: que la Sierra "La Macarena" sirviera como reserva biológica natural para estudios de ciencias naturales y ordenó el establecimiento en ella de "una estación de biología con el nombre del naturalista colombiano "José Jerónimo Triana".

El artículo 3o. de la ley facultó al Gobierno "para contratar o aceptar la cooperación de entidades científicas nacionales o extranjeras que deseen avanzar estudios de ciencias naturales en la Reserva Biológica de "La Macarena".

El decreto 438 de 1949, reglamentario de la ley 52 de 1948, dispuso en su artículo 4o.:

"Las investigaciones en "La Macarena" tendrán la organización técnica y administrativa que les de el Director del Instituto de Enfermedades Tropicales "Roberto Franco" con aprobación del Ministerio de Higiene", ministerio al que pertenecía originalmente dicha entidad.

Incorporados a la Universidad Nacional por mandato de la ley 57 de 1963, el Instituto "Roberto Franco" y la Estación Biológica "José Jerónimo

Triana", "la organización técnica y administrativa de las investigaciones científicas" en la Sierra "La Macarena" pasó igualmente a la Universidad.

II

Hechas las consideraciones que anteceden sobre las normas legales y reglamentarias que establecen el régimen jurídico de la Sierra "La Macarena", la Sala llega a las siguientes conclusiones en relación con las preguntas que le han sido formuladas, que responde en su orden:

1. AL INDERENA como organismo de la administración nacional creado para el desarrollo de los recursos naturales renovables y asegurar su protección y fomento, le corresponde la administración de la Sierra "La Macarena", como reserva natural que es, en cuanto debe vigilarse y preservarse la integridad de las riquezas naturales en ella existentes, y en cuanto éstas, además, debe aprovecharlas el Instituto en el cumplimiento de los fines que le señala la ley.

Pero la función de vigilancia que le corresponde al INDERENA, como único organismo del gobierno especializado en esta clase de labores y en capacidad de efectuarla, debe cumplirse sin interferir, y por el contrario asegurando la destinación específica que para fines científicos y educativos le dió expresamente el legislador a la Sierra "La Macarena" como reserva biológica integral y como monumento de la naturaleza incorporado al patrimonio nacional.

2. AL INDERENA no le corresponde reglamentar el funcionamiento y las actividades que deben desarrollarse en "La Macarena". Incorporada como está la reserva a la Universidad Nacional y destinada a fines científicos y educativos, las actividades que en ella se desarrollen debe organizarlas y administrarlas la Universidad Nacional, como lo dispone expresamente el decreto 438 de 1949.

3. En la Sierra "La Macarena" pueden adelantar investigaciones científicas no solo la Universidad Nacional sino también los organismos oficiales calificados legalmente para hacerlo, y las entidades científicas nacionales o extranjeras que contrate o acepte el Gobierno, pero bajo la coordinación de la Universidad Nacional.

EL INDERENA puede y debe utilizar la reserva "La Macarena" en las investigaciones y labores que sean necesarias al cumplimiento de los fines del Instituto y hacer las inversiones que ellas demanden, (Dcto. 2420, art. 23 C), aunque se repite, de acuerdo con la Universidad Nacional, a la que corresponde "la organización técnica y administrativa" de todas las investigaciones

que en ella se realicen, y a la que, además, está incorporada orgánicamente la reserva.

4. Mientras estén vigentes la ley 52 de 1948 y 163 de 1959, art. 5o., ninguna entidad oficial puede hacer adjudicación de tierras dentro del área de la Sierra "La Macarena", delimitada por el decreto 2963 de 1965, ni tampoco puede ser objeto de concesión a particulares para exploraciones y explotaciones de recursos naturales. Sobre este último aspecto la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse, al ordenar la exclusión de zonas de la reserva "La Macarena" comprendidas en contratos suscritos por el Gobierno Nacional para la exploración y explotación de petróleos en esa región.

5. Declarada como está la Sierra "La Macarena" por el propio legislador monumento nacional por su importancia científica y destinada también por mandato legal, como reserva biológica integral, a la investigación científica, a fines educativos y al aprovechamiento de sus riquezas biológicas para el desarrollo económico y social de los Llanos Orientales, el régimen jurídico de la reserva no puede ser otro que el señalado por la ley, sin que esté dentro de las atribuciones legales del INDERENA cambiarlo para organizar en la reserva un Parque Nacional Natural, o darle régimen distinto al que le corresponde como reserva integral.

Como reserva biológica destinada a la investigación científica y como monumento nacional, la Sierra "La Macarena" tiene linderos señalados por el decreto 2963 de 1965, dictada en ejercicio de expresa facultad que al Gobierno confirió el legislador en la ley 52 de 1948. Cumplido el mandato legal, la facultad se agotó para el Gobierno, y solamente el legislador podría modificar los linderos señalados.

Sometida la Sierra "La Macarena" a las normas especiales de la ley 52 de 1948 y de la ley 163 de 1959, el INDERENA no tiene facultad legal en relación con esta reserva, para excluir de ella zonas comprendidas en el área delimitada por el decreto 2963 de 1965.

III

Antes de resolver esta consulta, la Sala consideró necesario oír el concepto de algunos funcionarios y profesores que, por sus responsabilidades administrativas o su autoridad científica, pudieran ilustrarla sobre las razones que explican las diferentes leyes dictadas en relación con la Sierra "La Macarena", la importancia que tuviere para la ciencia y para la preservación y desarrollo de las riquezas naturales del país, y además, informarla sobre los problemas sociales y económicos que se vienen registrando como resultado de la ocupación, colonización y destrucción de parte de la reserva. Igual-

mente la Sala para una mejor información sobre las particularidades de este territorio y las labores que adelantan los diferentes organismos oficiales, acordó practicar una visita a la Reserva "La Macarena", que el continuo invierno registrado en el país en este año, impidió realizar.

La Sala en audiencias especiales verificadas los días 4, 5, 19 y 31 de agosto pasado, oyó las exposiciones de los doctores Fernando Ruán, Director del Instituto de Recursos Naturales Renovables, y Antonio Barberena, Director del Incora, y de los profesores, José M. Idrobo, Director del Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional, Manuel del Llano, Geólogo del mismo Instituto, y Polidoro Pinto, profesor–investigador de la Universidad Nacional.

La Sala considera util adicionar su respuesta definidos los aspectos jurídicos que le fueron planteados, con la anotación de algunas apreciaciones o conceptos que escuchó en las exposiciones hechas o que encontró en los documentos que le fueron suministrados, y que quiere señalar ante el Gobierno por la importancia que su examen tiene en el estudio de los problemas económicos y sociales que se están presentando en la reserva "La Macarena" y en la adopción de las medidas administrativas que deban tomarse.

1. La preocupación que ha tenido el legislador colombiano de proteger las riquezas naturales que se encuentran en la Sierra "La Macarena", al declararla reserva biológica en la ley 52 de 1948, monumento nacional en la ley 163 de 1959 y al incorporarla a la Universidad Nacional en la ley 57 de 1963, está plenamente justificada. En efecto, la Sierra "La Macarena" tiene en América y en el mundo un valor científico excepcional para el estudio de las ciencias naturales, que destacan las diferentes misiones de hombres de ciencia, nacionales y extranjeros, que la han visitado, y la atracción universal que constituye su aprovechamiento para la investigación científica. Se le considera como la principal área para la investigación de la vida silvestre en América.

2. La Sierra "La Macarena" como gran reserva biológica, representa para el país una inmensa riqueza mientras se conserven sus condiciones naturales, por las posibilidades que ofrece para restablecer la flora y la fauna destruída en grandes extensiones del territorio nacional, aprovechando el potencial de elementos existentes en esa zona, para buscar y seleccionar especies vegetales y animales que sirvan para implantar y fomentar nuevas industrias en el país, y por ser "La Macarena" un excepcional campo de estudio y experimentación en la programación y aprovechamiento de la amazonía colombiana y en el manejo de la flora, la fauna y los suelos del resto del país:

En el estudio preparado por el INDERENA "Reserva Biológica "La Macarena" 1971", para apreciar las diferentes alternativas en cuanto al régimen jurídico de la reserva, se dice:

"Se persigue con la Reserva Biológica de La Macarena poseer un área en condiciones silvestres, para que proliferen sin intervención humana especies faunísticas y florísticas. Se garantizará que estas especies libres de la tala y la caza puedan perpetuarse indefinidamente sin peligro de extinción.

"De esta manera se encontrarán siempre en la Reserva, con lo cual será posible repoblar con ellas nuevas áreas artificalmente o permitir que las mismas invadan nuevas zonas, desde donde cumplirían de modo propio el mismo objetivo".

En el informe del Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional, rendido con motivo de una visita de inspección a la Sierra "La Macarena" que conjuntamente hicieron profesores de este Instituto con funcionarios del INDERENA, el INCORA y COLCIENCIAS, en septiembre de 1970, los profesores Hermann Duplat, Biólogo, Ernesto Barriga, Zoólogo y Jesús M. Indrobo, Botánico, se expresa así:

El área destruída entre Güejar y Guapaya, la cual hemos estudiado tan detenidamente en los muestreos iniciales para atesorar informaciones sobre flora y fauna tiene un valor incalculable. Entre los vegetales hemos observado verdaderas líneas raciales en cedros, bambusáceas, ornamentales y frutales, especies magníficas para industrialización.

"Se escogió este sector nordeste de la Reserva por considerarse que era un tipo de laboratorio natural imposible de duplicar dentro de la misma Macarena y mucho menos en ningún otro lugar de América. Por las observaciones describimos fenómenos de adaptación y, tal vez de evolución, sin duda alguna magníficos. El cedro y otros maderables presentaban una viabilidad acompañada de precocidad excepcional; frutales como una Malpighia de enormes y abundantes frutos de sabor exquisito, una variedad *Theobroma cacao* resistente a "escoba de bruja" y de rendimiento enorme, plantas ornamentales que llegaron a tener magníficas propuestas internacionales en volumen ilimitado como el Philodendron sp. de Caño Yerli.

"La fauna que se había seleccionado en esa área maravillosa ofrecía posibilidades aún mejores. El lobón del Sansa, la sardinata del sector Güejar–Sansa asociada con bocachico yamús y el chojo como predator constituía en sí una verdadera piscicultura natural. Sin necesidad de más estudios casi estaba listo el programa para iniciar una repoblación para pesca llanera, ahora desaparecida por la acción de la dinamita y el barbasco (sin hablar de los insecticidas).

"La concentración de tinamues (chorolas, gallinetas), pavas y paujiles era tan alta que estos bien podían considerarse ya como aves de corral. Las dantas estaban organizadas practicamente en ganadería selvatica sueño dorado de algunos conservacionistas y muchos hombres prácticos que vienen observando esa posibilidad hace mucho tiempo, es decir, una solución para la ganadería selvatica o amazónica. Basados en observación de los hábitos alimentarios de la danta, habíamos discutido

el hecho de que las dantas de esta área destruída habían seleccionado naturalmente una línea racial de instintos tan buenos, que dominaban perfectamente su territorio con migración bien coordinada hacia las alturas de la Sierra y viceversa. En pleno verano, cuando solamente podíamos ver capote de hojas secas en toda la extensión del bosque, estos animales encontraban abundancia de alimento; detalle fácil de deducir porque nunca logramos ver una danta flaca o enferma a pesar de estar concentradas en increíble abundancia. Nos faltaba solamente iniciar el programa bromatológico de las especies vegetales para planear producción de las indicadas, proporcionar abundancia y esperar la respuesta lógica ya experimentada en otros animales que hoy son industria inmejorable (codorníz asiática, gallináceas en general, etc.). Otros animales de caza susceptibles de propagación por el mismo proceso abundan y fácilmente habrían servido para repoblar los Llanos Orientales para bien de todo el país y del turismo".

3. "La Macarena" constituye parte esencial para la conservación de las riquísimas poblaciones ícticas en un vasto complejo fluvial del sur del país.

"La parte sur–oriental de la reserva con su intrincado laberinto de caños y áreas inundables que forman los ríos Cafre, Cabra y sus afluentes, constituye el habitat adecuado a un inmenso porcentaje de la población íctica, que mora en el sistema fluvial Guaviare-Guayabero, la cual encuentra allí los habitats propicios a su reproducción y crecimiento en las primeras etapas de su vida y desde donde puebla periódicamente todo este inmenso sistema. Si esta área fuera talada, además de los fenómenos mecánicos que esto conllevaría en la retención de las aguas lluvias y control de inundaciones, se produciría una baja de características imprevisibles en la población íctica del área en referencia". (Reserva Biológica "La Macarena" Estudio elaborado por el Inderena 1971).

4. Los linderos de la reserva "La Macarena" no fueron caprichosamente señalados por el Gobierno Nacional, sino que se determinaron por especialistas de la Universidad Nacional y del Ministerio de Agricultura teniendo en cuenta el equilibrio ecológico de la zona para su conservación. Los ríos que la circundan como linderos arcifinios, son al mismo tiempo elementos esenciales para la vida y conservación de la fauna en ese territorio.

5. La reserva "La Macarena" no es zona aconsejable para el desarrollo de programas de colonización por la pobreza de los suelos. Exceptuada la estrecha franja de formación aluviónica a orillas de los ríos, en el área de la reserva no es posible sino un tipo de agricultura itinerante o de desplazamiento, que determina el continuo avance en la destrucción de la vida silvestre, sin beneficio para el desarrollo de la actividades agrícolas permanentes y remunerativas.

"Las características generales de los suelos de la Reserva, constituidos en su gran mayoría por areniscas y conglomerados del terciario que sufren una rápida lateri-

zación, aunada a la rápida transformación de su materia orgánica cuando son desforestados, obligan al colono a abrir todos los años nuevas áreas para sus cultivos, por lo cual el proceso lejos de fijarse sobre una área determinada debe buscar nuevas superficies permanentemente". (Reserva Biológica "La Macarena" Inderena, estudio antes citado).

"Naturalmente aquellos colonos más cercanos a la selva pueden derribar sin impedimento alguno y destruir más vida silvestre para alimentarse y vender las pieles a los intermediarios, siempre listos a la salida de la reserva o en las tiendas de las ciudades cercanas: muchos de estos productos salen también directamente para Bogotá en los aviones de quienes fundaron la Cooperativa Agropecuaria"

"La Macarena", una vez desforestada, será un área completamente improductiva. (Informe del Instituto de Ciencias Naturales, citado anteriormente)".

6. La pobreza de los suelos en la reserva determina y determinará condiciones económicas infrahumanas de los ocupantes.

Si el Gobierno permitiera su colonización, y aún peor, la legalizara, en lugar de resolver un problema social lo estaría creando.

El fomento de la colonización en zonas de estas características, conduce inexorablemente a colocar a los colonos en circunstancias de extrema pobreza, que el gobierno en manera alguna puede auspiciar por simples consideraciones humanitarias y porque el fin de la reforma social agraria es el de corregir estas situaciones y no el de fomentarlas.

El Incora tiene una precisa e inmediata labor que cumplir en la reserva "La Macarena": reubicar en otras zonas, calificadas para la agricultura, con la asistencia económica y técnica necesaria, las familias que actualmente viven en ella.

Se indica que, en gran parte, la invasión de la reserva "La Macarena" se debe a las vías de penetración construidas inicialmente por el Incora y, a la política que éste ha seguido para solucionarla, que lo ha llevado a construir una serie de ramales aún más cercanos a la reserva.

7. La reserva de "La Macarena" está sometida actualmente a un proceso de destrucción que en pocos años podría eliminar su valor científico, cultural, educativo y económico con gran pérdida para el país.

"En total se puede calcular un destrozo de unos 50 kilómetros cuadrados. Es de dudar que las familias dentro de la Reserva sumen 818 como dice el último censo de INDERENA; de lo que no se puede dudar es que casi todos los fundos son de simples cosecheros y, están abandonados. En muy contados lotes se ven

construcciones habitadas, pero sin cultivos de algún valor. Casi todos tienen unas pocas matas de yuca y en pocos casos algo de plátano. Aunque habíamos sido informados previamente de una introducción de unas sesenta reses por los lados de Guapaya, no se pudo ver ni una sola res de estas; a juzgar por la clase de pasto puntero que vimos al visitar después unos colonos, los pastos no sirven para alimentar ganado más que por unos meses después de los primeros pastoreos".

"Es verdad que en el sector más destruido ya no se ven animales y desapareció por completo el bosque primario que antes mereciera el nombre de "EL BOSQUE INMACULADO" descrito por Philipson en 1950, después de la expedición conjunta de la Universidad Nacional y el Museo Británico. De los 100 o más animales que antes se observaban o se oían a diario en los alrededores de Plaza Bonita, a la misma entrada de la Macarena, hoy no se pueden contar más de seis especies. Pero esto se puede recuperar ya que la franja destruida es angosta y los animales podrían regresar y el bosque también al mismo tiempo. Sería suficiente quitar esa barrera de cazadores y cosecheros que están al acecho para matar y destruír todo lo que se arrima al borde del inmenso bosque remanente". (Informe del Instituto de Ciencias Naturales, ya citado).

8. "EL FUEGO, UN PELIGRO INMEDIATO.

"El área prístina de La Macarena, está también en el macizo constituido por la propia Sierra. Estas son faldas y mesetas rocosas, cubiertas de alto capote de hoja seca. Todos sus filos están cruzados por sendas de animales que migran del occidente al oriente de la Sierra. Lo peligroso de esta interesantísima Sierra es el fuego, el cual indudablemente vendrá cuando así lo deseen los invasores. Será un error imperdonable dejar que los supuestos colonos se acerquen a esta área tan vulnerable al fuego. Y la única manera de impedir esto es localizando a los invasores en otro lugar mediante el anuncio apropiado y sin ofrecerles el famoso premio de darles títulos que tanto mal está causando a la Reserva". (Informe del Instituto de Ciencias Naturales, ya citado).

9. En opinión de los profesores del Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional, "el status de la reserva no debe ser modificado" y agregan:

"La Universidad debe colaborar con Incora e INDERENA en el estudio de suelos, ecología y socio-economía de las zonas invadidas e invadibles. Con este estudio se evitará un incremento del problema social que allí se está fomentando. La zona invadida no se debe titular a los supuestos colonos; se puede tomar como área de recuperación, para observar el fenómeno sucesional y para establecer las zonas de Reserva–Laboratorios que hemos planeado antes al estilo del Smithsonian Tropical Research Institute en la zona del Canal de Panamá. Este programa es indispensable para el país, puesto que ya sabemos está interesado se estudie su Amazonía (casi un 42 o/o del área total de Colombia); pero para estudiarla el

Gobierno tendrá que apoyar su Universidad, no culparla de lo que no hace sino pedir que lo haga al tiempo que le ofrece apoyo en sus programas. Tendrá la Universidad que formar amazonólogos, pues el país no los tiene. La Macarena es el laboratorio ideal para formar estos investigadores amazonólogos, y formarlos será mucho mejor que dejar destruir ese laboratorio biológico. Estamos seguros que de un momento a otro los buenos administradores que tiene el país harán bien sus cuentas y apoyarán a la Universidad.

"Se han programado varios estudios que están en espera de la debida colaboración: tenemos un auxilio económico sustancial para iniciar el estudio de los peces de la Orinoquia; hemos avanzado mucho en la identificación de la flora coleccionada de la Macarena con un total de 1.800 especies vegetales en la cuenta; Colciencias podría patrocinar también estudios botánicos y zoológicos; la lista de mamíferos podría continuarse y complementarse con la ecología correspondiente; los reptiles iniciados por el Profesor Medem tendrían que estudiarse cuanto antes, pues los colonos están destruyéndolos totalmente. Solamente esperamos que las autoridades no duden más y hagan lo más conveniente: proteger la Reserva Biológica de la Macarena y ayudar a ejecutar los programas de la Universidad. Eso sí sería hacer patria y proteger al pueblo". (Informe del Instituto de Ciencias Naturales ya citado).

10. En el estudio elaborado por el INDERENA, sobre la Reserva Biológica "La Macarena", se afirma la posibilidad de mantener el área como Reserva Biológica Integral, pero *con presupuesto adecuado,* para obtener los siguientes resultados:

"5.2.2. Con presupuesto adecuado.

"5.2.2.1. Vida Silvestre. Sería totalmente protegida Se garantizaría de esta manera que el objetivo para el cual fué reservada esta área, se cumpla a cabalidad.

"Las zonas alteradas iniciarían el proceso de recuperación natural, en lo que respecta a la vida silvestre en general.

"5.2.2.2. Colonización. El avance de la colonización se detendría. Habría necesidad de buscar áreas fuera de la Reserva, donde se desarrollarían programas para reubicación de los colonos actualmente existentes en ella. Aproximadamente 1.250 familias.

"5.2.2.3. Entidades Científicas. Contarían a perpetuidad con una de las más importantes áreas del mundo, donde realizar investigaciones y estudios científicos sobre vida silvestre.

"5.2.2.4. Uso del Público. El uso de la Reserva estaría limitada únicamente al personal encargado de su custodia y al equipo científico dedicado a investigación.

11. Un antecedente de importancia en la coordinación de los diferentes organismos oficiales para encontrar soluciones a los problemas de "La Macarena" y cumplir los mandatos del legislador, lo constituye el contrato No. 94, de 7 de abril de 1967, celebrado por el término de dos años, entre la Universidad Nacional y el Incora, "con el objeto de realizar un plan conjunto entre el Incora, la Universidad y la C.V.M. (hoy Inderena), para la elaboración de los estudios y programas conducentes a la conservación de la Reserva de la Serranía de "La Macarena".

De las estipulaciones que contiene el acuerdo, interesa destacar la dirección, coordinación y control de los trabajos de investigación científica que asume la Universidad Nacional, y la obligación que contrae el Incora de vigilancia y control de la Reserva para "evitar la penetración de colonos" y "obtener el retiro gradual de los ya existentes, atender a todos los gastos relacionados con la vigilancia de la reserva"; y "suministrar a las expediciones científicas de la Universidad, todas las facilidades de que disponga, en la Serranía de "La Macarena".

Con anterioridad a este contrato, el Incora había suscrito en 1965 un acuerdo con la C.V.M., (hoy Inderena), en el que le delegaban, en cuanto a "La Macarena", las funciones de conservación forestal y vigilancia de los bosques nacionales que la ley 135 de 1961 incluía, entonces entre sus funciones.

12. Los informes recibidos por la Sala, tanto de los altos funcionarios del Estado, como de los profesores del Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional, dejan en ella la impresión de que es apremiante para el Gobierno definir una política y darle inmediato desarrollo en programas administrativos de los diferentes organismos oficiales para:

- Dar solución al problema social que se está creando en la Reserva "La Macarena";

- Definir y organizar las actividades científicas que en ella deben realizarse;

- Aprovechar la reserva para desarrollar y fomentar actividades de repoblación forestal, íctica y de fauna silvestre en los Llanos Orientales y en otras regiones del país;

- Establecer sistemas eficaces de protección de la reserva "La Macarena", como monumento nacional de excepcional importancia en América y como reserva integral de las riquezas naturales en ella existentes, de incalculable valor científico y económico para el país.

La Sala vería con agrado que el Gobierno autorizara la publicación de este concepto.

Transcríbase al Señor Ministro de Agricultura.

Alejandro Domínguez Molina
Luis Carlos Sáchica

Mario Latorre Rueda
Alberto Hernández Mora

Edné Cohén Daza
Secretaria.

A I 4

CONSULTAS DEL GOBIERNO

CERTIFICACIONES DEL SUPERINTENDENTE BANCARIO SOBRE LA EXISTENCIA Y PERSONERIA DE LOS BANCOS. En parte alguna aparece en la ley que esta función del Superintendente pueda ser delegada por éste en alguno de sus subalternos, como sí lo permite la ley de otras de sus funciones. El Superintendente Bancario no puede delegar la facultad de firmar las certificaciones que expide sobre la existencia y personería de los establecimientos bancarios.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y de Servicio Civil

Consejero ponente: **Doctor Alejandro Domínguez Molina.**

Bogotá, D.E., septiembre veintiuno de mil novecientos setenta y uno.

Referencia:
Consulta.
Expediente No. 582.

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

"La Ley 45 de 1923, modificada en su artículo 19 por el 1o. de la Ley 57 de 1931, en su inciso segundo prescribe:

"La Superintendencia Bancaria tendrá un sello que contendrá el escudo nacional con la leyenda "República de Colombia Superintendencia Bancaria". Todo documento que lleve el sello mencionado y que expida el Superintendente Bancario en desempeño de las funciones que las leyes le confieren, deberá tenerse como auténtico. Todo certificado del Superintendente Bancario relacionado con la existencia legal de cualquier establecimiento bancario, será prueba de dicha existencia legal". Su artículo 104 en la parte primera expone: "La persona que ejerza la Gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal de Banco Nacional o extranjero, sea como Gerente principal o como Subgerente, tendrá la personería del establecimiento para todos los efectos legales. La certificación escrita del Superintendente respecto de la persona que ejerza tal Gerencia en un momento dado, constituirá prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o sucursal, ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas".

"Como se desprende de los artículos citados y de casi todo el articulado de la Ley 45 de 1923, las facultades están puestas en cabeza del Superintendente Bancario, en forma individualizada, con alusión específica a un cargo. Y el resto de la legislación que se conoce como bancaria, en la cual se han incorporado todas las disposiciones legales que reglamentan la creación y funcionamiento de las entidades sometidas a su vigilancia, que constituye la espina vertebral de la economía del país, continuó un lenguaje unificado al de la Ley 45 en el sentido de siempre referirse específicamente a la persona del Superintendente Bancario, quizá con una sola excepción que invoco como fundamento para lo que se pretende, y es la contenida en el inciso 2o. del artículo 8o. de la Ley 105 de 1927, sobre compañías de seguros: "La certificación de la Superintendencia respecto de la persona que ejerza estas funciones en un momento dado constituirá prueba suficiente de la personería de la respectiva compañía ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas".

"Es, hasta cierto punto, lógica la redacción de dichas leyes anteriores, por cuanto que señalan una nítida identidad en la técnica legislativa. Lo fue también su Ley matriz y es evidente el sentido consignado por el legislador. Es casi innecesario afirmar que en 1923, el Superintendente Bancario tenía solo asignada la vigilancia de cinco o diez establecimientos bancarios; que dichos establecimientos, a duras penas tenían una sucursal en cada capital y que el volumen de transacciones era limitado. Posteriormente, al asignársele la vigilancia y el control de nuevas y diferentes instituciones, se continuó redactando las leyes con una imagen parecida a la que se le otorgó en su nacimiento.

"Así las cosas, no puede darse la posibilidad física que el Superintendente Bancario, ni por sí mismo ni por medio de sus delegados aboque la gestión de las funciones adscritas. Necesariamente, tiene que valerse de otros funcionarios que le colaboren. En lo que concierne a la certificación que establece la existencia y

personería legal de las entidades vigiladas, sólo por ese aspecto, las solicitudes que se eleven a sumas que, en oportunidades frecuentes, ascienden a 15 y 20 mil certificaciones. Trabajo que, a la luz de la actual legislación, si se piensa que Superintendente Bancario no es sinónimo de Superintendencia Bancaria, como sí lo dispuso la Ley 105 de 1927, debe ser ejecutado, en cuanto a firmas se refiere, por el Superintendente, debidamente refrendadas con la firma del Secretario General.

"Se consulta: Puede adscribírsele al Secretario General de la Superintendencia Bancaria, por medio de una resolución interna, la facultad de firmar las certificaciones que sobre existencia y representación legal de las entidades vigiladas, debe expedir aquélla? ".

CONSIDERA LA SALA:

Dispone el artículo 104 de la Ley 45 de 1923:

"La persona que ejerza la Gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal de banco nacional o extranjero, sea como Gerente o como Subgerente, tendrá la personería del establecimiento para todos los efectos legales. La certificación escrita del Superintendente respecto de la persona que ejerza tal Gerencia en un momento dado, constituirá prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o sucursal ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas. Para este efecto todo establecimiento bancario y toda sucursal deberán comunicar al Superintendente los nombres de las personas que puedan ser llamadas a ejercer la Gerencia.

"Los establecimientos bancarios deberán insertar en sus estatutos el acta de organización y el certificado de autorización del Superintendente Bancario a que este capítulo se refiere. Las sucursales de bancos nacionales o extranjeros y las secciones de los bancos autorizados por esta Ley, insertarán también en sus respectivos estatutos el certificado de autorización expedido por el Superintendente para abrir tales sucursales o secciones.

"Todo cambio que se haga en el personal de Gerente principal o Subgerente de un establecimiento bancario o de una sucursal, deberá ser comunicado sin demora al Superintendente quien mandará que se publique la noticia de tal cambio en el período oficial del respectivo Departamento por tres veces en el espacio de quince días. Siempre que un individuo entre a ejercer la Gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal con cualquier carácter que sea, deberá dar aviso inmediato de tal hecho al Superintendente, por telégrafo, o por correo, si el hecho ocurriere en la misma ciudad en donde reside.

"Siempre que quien ejerza tal Gerencia proceda, en cualquier actuación o diligencia, como Gerente del establecimiento bancario o de la sucursal se presume que

tiene para ello autorización suficiente de la respectiva Junta Directiva y obligará al establecimiento o a la sucursal para con terceros, aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir para con dicho establecimiento o para con la sucursal, en su caso, si hubiere procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla".

Si se atiende al texto del artículo transcrito, debe afirmarse que es atribución privativa del Superintendente Bancario certificar respecto de quien ejerce en un momento dado la Gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal y que dicha certificación escrita del Superintendente es la que tiene valor suficiente para probar ante cualesquiera autoridades, la personería de tal establecimiento o sucursal.

Ocurre con tal certificación lo mismo que con el certificado sobre la existencia legal de cualquier establecimiento bancario que le corresponde expedir al Superintendente y que sirve para probar dicha existencia, según el inciso segundo del artículo 1o. de la Ley 57 de 1931 que sustituyó el 19 de la Ley 45 de 1923. Debe anotarse que los certificados de autorización para que un establecimiento bancario, bien sea nacional o bien sea extranjero, pueda emprender negocios, deben ser expedidos por el Superintendente "bajo su firma y sello oficial" según los artículos 28 y 30 de la Ley 45 de 1923, y que de la misma manera extienda los certificados en que autoriza la apertura de sucursales, según el artículo 46 de la misma ley. Esto indica de modo indudable que el legislador quiso que fuera el propio Superintendente y no otro funcionario de su dependencia, el que expidiera bajo su firma y sello tales certificaciones, por estar destinadas a servir de prueba sobre la existencia y personería de los establecimientos bancarios del país.

Ahora bien, es principio de derecho público que las funciones no se pueden delegar, salvo que un texto, legal expreso autorice hacerlo. El Consejo de Estado ha sostenido siempre esta doctrina, como lo afirma el auto de fecha mayo 20 de 1963 que aparece publicado en los Anales Tomo LXVI, página 534. Así, por ejemplo, en sentencia de fecha 28 de enero de 1944, dijo la Corporación:

"En tesis general no son delegables las funciones de las corporaciones y funcionarios públicos; la delegación implica el ejercicio de una función que ha debido ser atribuida expresamente, como cualquier otra función activa, de acuerdo con el principio general de que los funcionarios y corporaciones públicas, al reves de lo que sucede con los particulares, que pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, no pueden hacer sino lo que les está expresamente autorizado (Anales Tomo 53, pag. 5).

En parte alguna aparece en la ley que esta función del Superintendente pueda ser delegada por éste en alguno de sus subalternos, como sí lo permite la ley de otras de sus funciones.

Lo expuesto, lleva a concluir que el Superintendente Bancario no puede delegar la facultad de firmar las certificaciones que expide sobre la existencia y personería de los establecimientos bancarios.

En los términos anteriores se absuelve la consulta citada y se dispone comunicarlo así al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Alejandro Domínguez Molina
Alberto Hernández Mora

Mario Latorre Rueda
Luis Carlos Sáchica

Edné Cohén Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES. *Régimen legal de sus trabajadores.* **En cuanto al contrato de trabajo individual que liga a los trabajadores oficiales con la Administración, no existiendo una regulación especial del mismo en el sector público y siendo la relación laboral sustancialmente la misma, trátese del sector público o del privado, tal relación se rige por las normas generales del Código Sustantivo del Trabajo, cuyas disposiciones regulan los aspectos de esa relación que no tengan carácter prestacional o sobre los cuales no exista ley especial que los reglamente expresamente. Es solo en este sentido como debe entenderse la calificación que de "trabajadores particulares" dá el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948 a los servidores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, después de la expedición del Decreto 3135.**

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero ponente: **Doctor Luis Carlos Sáchica.**

Bogotá, D.E., septiembre veintidos de mil novecientos setenta y uno.

Radicado No. 583.

En Oficio No. 022599 del 27 de agosto de 1971, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, tomando como base la respuesta dada por esta

Sala el 6 de febrero de 1970 a una consulta del mismo Despacho, plantea las siguientes situaciones e interrogantes:

"...4o) Al aplicar el concepto anterior, se presentan en la práctica, con respecto a la pensión de jubilación, las siguientes situaciones:

"a) Trabajadores con 20 años de servicios continuos o discontinuos en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales;

"b) Trabajadores con 20 años de servicio oficial en distintas entidades del sector público, que solicitan al Instituto el reconocimiento de pensión de jubilación por haber cumplido en éste los últimos tiempos de servicio; y

"c) Trabajadores que completan los 20 años de servicios oficiales en otras entidades del sector público distintas al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, incluyendo dentro de ese término tiempos de servicios al ICSS.

"De acuerdo con cada una de las situaciones jurídicas señaladas, se formulan las siguientes *consultas:*

"1. En la primera situación, debe procederse a liquidar la pensión de jubilación de acuerdo con las normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto no existe concurrencia o acumulación de tiempos de servicios en otras entidades del sector público?

"2. En la segunda situación, se aplican para la liquidación de la pensión jubilatoria las normas laborales por las cuales se rige el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es decir, las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, a pesar de que este régimen no se aplica en relación con los tiempos servidos a las otras entidades del sector público distintas del ICSS? ; o, por el contrario, la liquidación de la pensión jubilatoria debe hacerse de acuerdo con lo establecido por las normas consagradas en el Estatuto de los trabajadores oficiales, a pesar de que estas disposiciones no se aplican a las relaciones laborales del Instituto Colombiano de Seguros Sociales con sus trabajadores?

"3. En la tercera situación, debe el Instituto Colombiano de Seguros Sociales aceptar las liquidaciones que practiquen las otras entidades del sector público conforme a las disposiciones relativas a la pensión de jubilación en el sector oficial, respecto de la cuota parte que se le asigna en dichas liquidaciones al ICSS, no obstante tratarse de un régimen laboral extraño a las relaciones laborales del Instituto?

"4. Sería legalmente procedente, aplicar en cualesquiera de las situaciones anteriormente señaladas, el mandato del Artículo 70 del Decreto Reglamentario No. 1848 de 1969, según el cual "los empleados oficiales en servicio activo

que el día 26 de diciembre de 1968, fecha de vigencia del Decreto Legislativo No. 3135 del año citado, hubieren cumplido 18 años de servicios, continua o discontinuamente, tendrían derecho a la pensión de jubilación al cumplir los 20 años de servicios requeridos y 50 años de edad, cualesquiera sea su sexo"?

"5. Además de las consultas que anteceden, referentes todas a los sistemas de liquidación que deban aplicarse para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, este Despacho se encuentra interesado en conocer también el criterio del Honorable Consejo de Estado acerca del alcance que deba dársele al cómputo de tiempos servidos en otras entidades del sector público en relación con los efectos laborales que puedan derivarse de la terminación del contrato de trabajo celebrado entre el Instituto y uno cualquiera de sus servidores, tales como indemnización por despido injusto; acción de reintegro consagradas por el Código Sustantivo del Trabajo en favor de los trabajadores con más de 10 años al servicios de la empresa; pensión-sanción establecida por el mismo Código en los casos de despidos unilaterales y sin justa causa de trabajadores con más de 10 años de servicios al patrono, etc".

Es pertinente sintetizar las conclusiones de la consulta a que se hizo referencia, pues ellas orientan la solución de la que está en estudio.

LA SALA DIJO ENTONCES:

1. El ICSS. es una entidad descentralizada que tiene el carácter de "establecimiento de derecho social", sin que por ello se le pueda identificar con un establecimiento público "ordinario o clásico";

2. Las personas que le prestan servicios se vinculan a él por contrato de trabajo y pertenecen al sector oficial;

3. A dichos trabajadores se les aplican las normas pertinentes del contrato de trabajo y el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948 está vigente, y

4. La calificación de "trabajadores particulares" que les da la disposición citada no quiere decir que se trate de trabajadores "privados", cuyo tiempo de servicios en el ICSS. es computable con el servido en otras entidades oficiales, centrales o descentralizadas, para los efectos legales.

Partiendo de estas conclusiones, para absolver los interrogantes propuestos la Sala considera:

En el fondo, todas las preguntas planteadas envuelven una sola cuestión, que es la de determinar el régimen legal aplicable a las relaciones laborales entre el I.C.S.S. y su personal, esto es, si se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo o por las normas del estatuto de los trabajadores oficiales, despejada la cual quedan resueltos los puntos concretos que trae la consulta.

No existe duda sobre la pertenencia del I.C.S.S. al sector público, por el origen legal de su creación, por las disposiciones legislativas que regulan su organización, funcionamiento y tutela y por la naturaleza pública de los servicios que atiende. De otra parte, admitiendo que se trata de una entidad descentralizada del Estado, no típica, sino con características propias, caso que no es único en la reforma administrativa de 1968, puesto que en ella se prevén casos especiales de entidades intermedias que no se ajustan a las definiciones generales de los organismos específicos, –como los fondos con personería, carentes de órganos propios de administración (art. 2o. Decreto 3130 de 1968), las instituciones de utilidad común de creación legal, que conservan las particularidades que les den los actos de su fundación (art. 7o. Decreto 3130 de 1968), los establecimientos públicos en que no predomina la función administrativa sino la actividad industrial o comercial (letra b), art. 3o. Decreto 1848 de 1969), y las sociedades de economía mixta con capital en que el 90 o/o o más es del Estado, sujetos a régimen de empresas del Estado, (art. 3o. Decreto 3130 de 1968)-, la definición del régimen legal del I.C.S.S. y sus trabajadores, es obvia.

Respecto de tal régimen es necesario hacer la siguiente distinción:

a) El régimen de prestaciones sociales de los trabajadores oficiales fue señalado conjuntamente con el de los empleados públicos en el Decreto 3135 de 1968, con el objeto de unificarlo para ambos grupos de servidores del Estado. Al señalar la ley de modo expreso dichas prestaciones, sustrajo del régimen del Código Sustantivo del Trabajo y del campo de la contratación esa materia, pues admitir lo contrario equivaldría a sostener que el régimen prestacional de los trabajadores oficiales puede ser diferente al de los empleados públicos, lo cual pugna con el espíritu del Decreto 3135 y es extraño a su texto, en el que no se previó que sus prescripciones pudieran ser modificadas contractualmente, como lo hizo el Decreto 1848 de 1969, artículo 7o., numeral 2;

b) En cambio, en cuanto al contrato de trabajo individual que liga a los trabajadores oficiales con la Administración, no existiendo una regulación especial del mismo en el sector público y siendo la relación laboral sustancialmente la misma, trátese del sector público o del privado, tal relación se rige por las normas generales del Código Sustantivo del Trabajo, cuyas disposiciones regulan los aspectos de esa relación que no tengan carácter prestacional o sobre los cuales no exista ley especial que los reglamente expresamente.

Es solo en este sentido como debe entenderse la calificación que de "trabajadores particulares" dá el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948 a los servidores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, después de la expedición del Decreto 3135 en mención.

La circunstancia de que el Consejo de Estado, mediante fallo de 27 de julio de 1971, anulara del artículo 6o. del Decreto 1848 de 1969 la parte en que disponía que el contrato de los trabajadores oficiales se regiría "por las normas que regulan la materia en el Código Sustantivo del Trabajo", no invalida la segunda afirmación, por cuanto la citada sentencia no plantea en sí el problema de la ley que se aplica a tales convenios, sino que simplemente concluye sobre extralimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno al entrar a determinar esa materia. En efecto, se limitó a decir a este propósito:

> "Puesto que el estatuto reglamentado (Decreto 3135 de 1968) no contiene ninguna normación al respecto, y de otro lado es un hecho que la labor de determinar la legislación aplicable solo compete al legislador por vía general o a los jueces en cada caso particular; pero no a la Rama Ejecutiva en ningún evento. . . "

El artículo 7o. del Decreto 1848 de 1969, numeral 2, ha de entenderse como referido a las convenciones colectivas ya celebradas y a los laudos arbitrales vigentes en la fecha de su expedición, es decir, respetando las situaciones jurídicas concretas anteriores, mas no como la posibilidad de establecer convencionalmente un tratamiento prestacional menos ventajoso que el consignado en el Decreto 3135, pero tampoco que rebase sus prescripciones.

Reiteradas las conclusiones de esta Sala en la consulta absuelta en 1970 y entendidas así las disposiciones citadas, se contesta:

Primer punto: La pensión de jubilación de los trabajadores del I.C.S.S. con veinte años de servicios continuos o discontinuos exclusivos en dicha entidad, se liquida de acuerdo con las normas del Decreto 3135 de 1968 y sus reglamentos;

Segundo punto: La pensión jubilatoria de trabajadores con veinte. años de servicio oficial en distintas entidades del sector público que soliciten su reconocimiento al I.C.S.S., igualmente, debe liquidarse según las disposiciones señaladas en la respuesta que antecede;

Tercer punto: La pensión de que se habla, en el caso de quienes completan los veinte años de servicio en una entidad oficial distinta al I.C.S.S., debe incluir los servicios prestados a éste, pues ya dijo esta Sala que tales servicios son acumulables para este efecto, y así lo consagra el artículo 72 del Decreto 1848, liquidación que se hará de acuerdo con el estatuto prestacional del sector público;

Cuarto punto: La enumeración que hace el artículo 1o. del Decreto 1848 de 1969 de los empleados oficiales sujetos al régimen especial que reglamenta, incluye a todos los servidores del sector oficial, cualesquiera que sea la naturaleza del ente a que estén vinculados y sin distinguir la forma de su

vinculación, disposición que se repite en el artículo 68 del mismo decreto, respecto de la pensión jubilatoria, refiriéndola a todos los empleados oficiales, denominación que cobija tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales, según la definición dada en tal estatuto, y como el artículo 70 a que alude la consulta emplea precisamente esa denominación, su aplicación es procedente en el caso del I.C.S.S.;

Quinto punto: En los aspectos enunciados en este ordinal, si se trata de prestaciones sociales se aplica el Decreto 3135 de 1968, y si se trata de materias contractuales, se estará a las estipulaciones del respectivo contrato individual o a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, si no existen regulaciones expresas en leyes especiales que hayan previsto tales eventos en relación con el sector oficial.

Trancríbase al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social como respuesta a su consulta.

Alejandro Domínguez Molina
Presidente
Mario Latorre Rueda

Alberto Hernández Mora
Con explicación de voto
Luis Carlos Sáchica

Edné Cohén Daza
Secretaria

EXPLICACION DE VOTO

Estoy de acuerdo con las respuestas dadas a las preguntas que formula la consulta, pero en cuanto a los considerandos de la ponencia que se apoyan en el concepto de esta Sala de 6 de febrero de 1970, hago válidas en lo pertinente, las observaciones de mi salvamento de voto al mencionado concepto.

Alberto Hernández Mora

A II 5

CONSULTAS DEL GOBIERNO

EMPLEOS DE LA ADMINISTRACION NACIONAL. *Cambio constitucional operado en 1968, en las competencias que al legislador y al ejecutivo corres ponden en la creación y remuneración de los empleos públicos. Justa interpretación de las leyes que establecen las escalas de sueldos y la nomenclatura de cargos en la administración nacional, en consonancia con el contenido político y técnico de la reforma. Principios y normas sobre la clasificación, nomenclatura y remuneración de los empleos de la administración nacional no descentralizada, según los Decretos leyes 2285 y 3191 de 1968.*

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

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

Bogotá, D.E., octubre cuatro de mil novecientos setenta y uno.

Radicación No. 586.

La Doctora Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil formula a la Sala la siguiente consulta:

"El Departamento Administrativo del Servicio Civil ha venido afrontando serias dificultades relacionadas con la determinación del alcance del Artículo 4o. del Decreto 2285 de 1968, que estableció el derecho a disfrutar de la prima de antigüedad para los servidores públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.

"Dispone el mencionado artículo que para tener derecho al disfrute de la prima de antigüedad se requiere la permanencia en un mismo cargo durante dos años. Las mayores dificultades se han ocasionado con la disposición contenida en el inciso 5o., del citado artículo que dice:

'Cuando el empleado pase de un cargo a otro con sueldo de ingreso diferente, la antigüedad, para los efectos de la prima de que trata el inciso precedente, comenzará a contarse a partir de la fecha de la toma de posesión del nuevo empleo, con prescindencia del tiempo servido en el cargo anterior'.

"En reiteradas oportunidades se conceptuó que la modificación del sueldo de ingreso ocasionaba la pérdida del tiempo de antigüedad; sin embargo, respetando el espíritu de la norma y por las dificultades que implica una Escala de Remuneración tan reducida, los aumentos salariales y la política de ascensos se han visto obstaculizados por esta interpretación exegética.

"La consulta está dirigida a determinar dentro de las siguientes circunstancias, cuándo hay lugar a conservar la prima de antigüedad y cuándo se ocasiona pérdida de la misma, así:

"1. Cuando se pasa dentro de la misma serie de una clase a otra. Ejemplo: Ingeniero de Obras Públicas 1-22 $3.720; Ingeniero de Obras Públicas II-23 $4.090, y así sucesivamente dentro de la misma serie en diferentes modificaciones.

"Ha considerado el Servicio Civil que los movimientos dentro de una misma serie no deben dar lugar a la pérdida de los derechos de la prima de antigüedad, por cuanto no se varían substancialmente las funciones, y por ende, las modalidades en el ejercicio del cargo, lo que implica que no se cumple uno de los requisitos que señala la precitada norma cual es el cambio de cargo.

"Cuando la ley establece que uno de los requisitos para la pérdida del tiempo transcurrido para efectos de la prima de antigüedad, es el de pasar de un cargo a otro, creemos no se está refiriendo de un empleo a otro, ya que dentro de éstos dos términos hay una diferencia substancial.

"El Artículo 2o. Del Decreto 2285 de 1968 define empleo como "el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por

autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural". En consecuencia el empleo implica una concreción material de un "cargo", a través del acto jurídico de la planta de personal de cada organismo. El empleo tiene por tanto las características de una denominación genérica que sirve de base para identificar la serie, como sería la de Mecanógrafa, Ingeniero, Abogado, etc.

"Una especificación por clase, que según la misma norma es "el grupo de empleos substancialmente similares en sus funciones, identificados con la misma denominación, remunerados con igual sueldo básico y para cuya provisión se exigen iguales calidades", y una ubicación dentro de la estructura del organismo que es la que se determina en la planta de personal; y una definición de serie como "el conjunto de clases similares en cuanto a la naturaleza del trabajo, pero diferentes en cuanto al grado de responsabilidad, complejidad y dificultad de sus funciones" las cuales se identifican con una denominación común que es la que técnicamente constituiría el cargo.

"Como lo hemos visto el empleo implica una concreción del cargo a través de la especificación de la clase y de la ubicación dentro de la estructura, mientras que el cargo es la denominación genérica de la serie.

"Consideramos que esta interpretación es la que más se acomoda al espíritu general del régimen de remuneración para el sector publico central, y para reforzarla llamamos la atención sobre el contenido del Artículo 4o. del Decreto 3191 de 1968 que establece expresamente que en el caso de una promoción, ascenso o traslado, se conserva dicha prima a pesar de que el sueldo sea diferente y sin tener en cuenta, que la promoción, traslado o ascenso se operen inclusive a series diferentes.

"2. Cuando se cambia a un cargo de diferente naturaleza pero conservando el mismo sueldo de ingreso.

"En este caso estamos absolutamente ciertos de que no se pierde la prima de antigüedad, sin embargo, nos gustaría conocer al respecto el concepto de esa Sala.

"3. Cuando se reclasifica el cargo implicando con ello modificación substancial inherente al mismo.

"En consecuencia, la reclasificación de un cargo sólo se opera cuando ocurre modificación substancial de las funciones, lo que determina la supresión del mismo para ubicarlo en la correspondiente serie.

"4. Cuando se ordena un reajuste general en la Escala de Salarios pero se conservan las denominaciones de la nomenclatura, como sería el caso de que a la Mecanógrafa I-9 le correspondería Mecanógrafa I-11".

LA SALA CONSIDERA:

Para definir los puntos jurídicos planteados en la consulta, son pertinentes algunas consideraciones previas sobre el cambio constitucional operado en 1968, en las competencias que al legislador y al ejecutivo corresponden en la creación y remuneración de los empleos públicos, necesarias para una justa interpretación de las leyes que establecen las escalas de sueldos y la nomenclatura de cargos en la administración nacional, en consonancia con el contenido político y técnico de la reforma.

Hasta el año de 1968, correspondía al Congreso por medio de leyes, "crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones".

En la enmienda constitucional de ese año, se dejó en manos del legislador determinar la estructura de la administración nacional y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales (art. 76, ord. 9, C.N.), y al Presidente pasó la atribución de "crear, suprimir y fusionar empleos, en los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del ministerio público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos".

Esta función la ejerce el Presidente "con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9 del art. 76", sin que pueda "crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales".

La fórmula constitucional de 1968 establece un nuevo equilibrio, más técnico y adecuado a los modernos conceptos de administración, entre la función legislativa, que se expresa necesariamente en normas de mayor estabilidad, y la acción del ejecutivo que requiere suficiente libertad para arreglar la administración dentro del marco señalado por la ley.

De acuerdo con los textos constitucionales vigentes, el Congreso fija la estructura de la administración, establece la escala de salarios, señala las clases de empleos que puede crear el Presidente, y la remuneración que a estos empleos corresponde.

Por su parte el Gobierno, puede crear, dentro de la limitación presupuestal indicada, los empleos que requieran los servicios administrativos, ajustándose a la nomenclatura y a la remuneración establecidas por el legislador.

En esta forma se concilia el control político de la administración que corresponde al Congreso, con las necesidades cambiantes de los servicios públicos que debe atender el Gobierno.

Es esencial al nuevo sistema, para que no se rompa el equilibrio de competencias señalado en la Carta, que la facultad constitucional reconocida al Gobierno para organizar el trabajo administrativo y señalar las plantas de personal, se ejerza respetando estríctamente las normas señaladas por la ley, no solo en su alcance político sino en su contenido técnico, porque en otra forma se estaría desconociendo una competencia expresa del legislador, con violación de textos constitucionales y legales.

El decreto–ley 2285 de 1968, "fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias", y el 3191 de 1968, igualmente decreto–ley, "establece la nomenclatura de los empleos" en las mismas dependencias, o sea que los organiza en atención a su "categoría", para relacionarlos con la escala de salarios. En esta forma desarrolla la ley el precepto constitucional.

La atribución que al Presidente confiere el art. 120, ordinal 21, debe, en consecuencia, ejercerse con sujeción a estos estatutos que establecen los diferentes empleos que pueden crearse en la administración, –clasificados según sus funciones, responsabilidades y calidades exigidas para ejercerlos–, y la remuneración que les corresponde.

Las normas en ellos contenidas limitan la acción del Gobierno al imponer patrones generales para toda la administración no descentralizada, "todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76", dice la Carta, al Consagrar las facultades del Presidente para crear empleos y señalar sus funciones especiales y remuneración (art. 120, ord. 21).

II

En la reforma de 1968 se le dió fuerza constitucional al sistema ya incorporado a la legislación colombiana en la ley 19 de 1958 y en el decreto-ley 1678 de 1960, que adoptó por primera vez en el país "una nomenclatura y una escala de sueldos para los empleos del Servicio Civil", con el propósito esencial de establecer un ordenamiento racional de la administración, sometiéndola a un mismo criterio en el manejo del personal, remunerando trabajo igual con salario igual, eliminando la discriminación, el privilegio y el casuismo, y sentando con una escala ascendente de remuneración, las bases para desarrollar un sistema de ascensos de los empleados públicos, como requisito necesario al implantamiento de la carrera administrativa.

Dijo el Congreso en la ley 19 de 1958:

"Artículo 6o. De conformidad con lo dispuesto en la reforma constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito del 1o. de diciembre de 1957, se organizará el

servicio civil y la Carrera Administrativa. Para estos efectos el Gobierno adoptará las medidas a que se refieren los artículos siguientes:

"Artículo 7o. Se reformará el Código de Régimen Político y Municipal para:

"...

"c) Sentar las bases de la clasificación de empleados públicos que deberá servir de guía principal para establecer las remuneraciones y determinar los cargos del personal administrativo. La clasificación deberá tener en cuenta los deberes correspondientes a cada empleo, la responsabilidad a que queda sujeto el servidor público que haya de desempeñarlo, y los requisitos mínimos que se exigen de aquél, para que pueda ser nombrado;

"...

"Artículo 11. Con base en la clasificación de los cargos, prevista en el ordinal c) del artículo 7o., el Gobierno formará y adoptará una nomenclatura de cargos y una escala de sueldos para los empleos de la Administración Pública Nacional, y tomará las medidas necesarias para incorporar a tales nomenclaturas y escala el personal de los Ministerios y Departamentos Administrativos, así como el de las demás entidades y servicios públicos nacionales incorporados al Servicio Civil".

En el decreto-ley 1678 de 1960, que adoptó la nomenclatura de cargos y la escala de sueldos, se dijo, además, en disposiciones que señalan la orientación del nuevo sistema y el ordenamiento que quería implantarse:

"Artículo 3o. El Gobierno tomará las medidas necesarias para incorporar a la nomenclatura y escala que se adoptan por este Decreto, el personal de los Ministerios y Departamentos Administrativos, así como el de las demás entidades y servicios nacionales pertenecientes al Servicio Civil.

"Igualmente, a medida que los diferentes Ministerios y Departamentos Administrativos se organicen de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 0550 de 1960, la denominación de los diferentes empleos y su remuneración deberán ajustarse a la Nomenclatura y a la Escala de Sueldos de que tratan los artículos 1o. y 2o. del presente Decreto, respectivamente, previa consulta con el Departamento Administrativo del Servicio Civil y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para efectos presupuestales.

"En el decreto-ley 1732 de 1960, orgánico del Servicio Civil y la Carrera Administrativa, dictado en uso de las facultades extraordinarias que al gobierno le confirió la ley 19 de 1958, se encuentran estas disposiciones que igualmente señalaban el espíritu y propósito del nuevo sistema:

"Capítulo II. De la clasificación de los empleados públicos.

Artículo 11. Se harán censos periódicos de los empleos públicos del Servicio Civil y la Carrera Administrativa, los cuales serán clasificados tomando en consideración principalmente:

"a) Las funciones correspondientes;

"b) Las responsabilidades inherentes, y

"c) Los requisitos mínimos o calidades que se exigen para su desempeño.

"Artículo 12. La clasificación será el elemento fundamental que se tomará en cuenta para determinar la remuneración correspondiente de cada clase de empleo, la naturaleza y modalidad de las pruebas para seleccionar el personal por concurso, y con base en ella se formará el Manual descriptivo de clases de empleos y se organizarán los cuadros de personal administrativo.

"Artículo 13. Cada clase debe agrupar los empleos similares en razón:

"a) De las funciones y responsabilidades que les son inherentes;

"b) De las calidades requeridas para tener acceso a ellos, y

"c) De la posibilidad de fijarseles con equidad la misma remuneración, en condiciones similares de trabajo.

"Capítulo III. De la remuneración de los empleados públicos.

"Artículo 20. Todos los empleos que se clasifiquen de conformidad con este Decreto serán remunerados con base en un sistema que garantice el principio de igual salario para igual trabajo en condiciones similares, dentro de los niveles máximos y mínimos de la escala de sueldos que fija la ley.

"Artículo 21. El Gobierno estudiará las reformas sobre escalas de sueldos, teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades de cada cargo y los requisitos exigidos para desempeñarlo, las posibilidades fiscales, las modalidades y condiciones mínimas de cada clase de trabajo, el costo de la vida en las distintas regiones del país, los niveles de remuneración existentes en el sector privado, y cualquier otro factor que se estime conducente, a fin de presentar al Congreso los respectivos proyectos de ley.

"Artículo 22. Dentro de los límites señalados por la ley para cada grado ocupacional, el Gobierno podrá establecer los diversos niveles de aumentos de sueldos, su periodicidad y demás elementos necesarios para administrar el sistema de remuneración de personal.

"Para empleos situados en regiones insalubres se podrá reclutar personal con un porcentaje adicional de remuneración.

"Artículo 23. Todo empleado tendrá derecho a aumentos anuales de remuneración, de conformidad con la escala de sueldos que se adopte, si obtiene una calificación satisfactoria de sus servicios de acuerdo con su conducta, eficiencia, asistencia y consagración al trabajo".

III

Los decretos 1732 y 1678 de 1960, fueron derogados en la reforma administrativa de 1968, pero los nuevos estatutos siguen las mismas orientaciones de la legislación anterior, aunque, dentro de la innecesaria mutabilidad normativa de que se resiente el país en algunos frentes de su actividad, desaparecieron muchas normas que señalaban en forma más clara, técnica y precisa el funcionamiento y alcance del nuevo sistema de administración de personal.

De las disposiciones de los decretos 2285 y 3191 de 1968, dictados por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 65 de 1967, que actualmente rigen la clasificación, nomenclatura y remuneración de los empleos de la administración nacional no descentralizada, se concluye que son principios y normas del sistema, los siguientes:

1. La nomenclatura correspondiente a las clases y series de empleos la establece la ley. (Dt. 2285 Art. 3).

La descripción general de las funciones y calidades propias de cada clase debe hacerse en el Manual de Clasificación, que formará y conservará el Departamento Administrativo del Servicio Civil, en consulta con los organismos respectivos.

2. Adoptada la Nomenclatura de los empleos y el Manual descriptivo de funciones y calidades, la clasificación de un empleo implica su ubicación en la Nomenclatura, que al mismo tiempo señala la remuneración que le corresponde.

Todos los empleos deben ser clasificados con base en el análisis de sus funciones, responsabilidades, y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño.

3. El Gobierno, al crear los cargos que requieran los servicios administrativos, deberá hacerlo con sujeción y referencia a la Nomenclatura de Empleos establecida por la ley y al señalar las funciones especiales de cada empleo, deberá ajustarse a la descripción contenida en el Manual de Clasificación. (Dto. 2285 de 1968, artículo 3o.)

4. Cuando a un empleo se le señalen, en forma permanente, funciones que difieran sustancialmente de las anteriores, el empleo debe "reclasificarse por medio de decreto", es decir, se le debe asignar su nueva ubicación en la Nomenclatura de Cargos.

De acuerdo con la ley solo en caso de "variación sustancial y permanente de las funciones de un empleo", está autorizada su reclasificación. (Dto. 2285/68. Parágrafo del Art. 1o).

5. La Escala de Sueldos establecida por el decreto 2285 de 1968, es una tabla ascendente de remuneración en su desarrollo vertical, de $500.oo a $6.500.oo, dividida en 28 categorías.

En sentido horizontal estructura una prima de antigüedad adicional al sueldo básico, que se aplica a los empleados que permanezcan en el mismo cargo.

6. La escala en uno y otro sentido satisface propósitos distintos que no deben confundirse ni son acumulables.

En sentido vertical responde a la necesidad de retribuir con sueldo mayor, EMPLEOS de más categoría o complejidad por sus funciones, responsabilidades, y calidades exigidas para su ejercicio.

En sentido horizontal, responde a la necesidad de mejorar la asignación, no ya de un empleo, sino del *empleado,* que permanezca en el mismo cargo, por el mero transcurso del tiempo. Cuando la ley habla del "mismo cargo", se refiere a empleos que tengan la misma remuneración. (Dto. 2285/68 Art. 4o. Inc. 5o.).

En el sistema salarial vigente, al empleado se le estimula, bien ascendiéndolo a cargo que tenga mayor remuneración básica, o aumentándole el sueldo con primas de antiguedad cuando continúe ejerciendo funciones comprendidas por la misma categoría en la Escala de Remuneración.

En este aspecto son muy claras las disposiciones del artículo 4o. del decreto 2285 de 1968:

"...

"Las categorías de la Escala de Remuneraciones que se señalan en el artículo siguiente contienen una columna correspondiente al sueldo de ingreso, el cual se percibirá durante los *dos primeros años,* y dos columnas conformadas por el sueldo de ingreso más un aumento por concepto de Prima de Antigüedad las cuales se aplicarán a los empleados que permanezcan en el mismo cargo durante los años subsiguientes, así: al iniciar el tercer año pasarán a la primera columna de Prima de Antigüedad y a la segunda, del quinto año en adelante.

"El tiempo para reconocimiento de la Prima de Antigüedad respecto a los empleados que se encuentren en ejercicio a la fecha de aplicación del presente decreto se computará desde el primero de enero de mil novecientos sesenta y ocho y se concederá con base en el sueldo de ingreso correspondiente a la clase a la cual se asigne el cargo que siga desempeñando o entre a desempeñar el empleado, conforme al decreto reorgánico de la respectiva entidad.

"A quien ingrese al servicio con posterioridad al presente decreto, el tiempo para el reconocimiento de la Prima de Antigüedad se comenzará a contar a partir de la fecha en que tome posesión de su cargo.

"Cuando el empleado pase de un cargo a otro con sueldo de ingreso diferente, la antigüedad, para los efectos de la prima de que trata el inciso precedente, comenzará a contarse a partir de la fecha de la toma de posesión del nuevo empleo, con prescindencia del tiempo servido en el cargo anterior".

Las disposiciones del decreto 3191 de 1968, son igualmente claras en el criterio que orienta la aplicación de la escala salarial, en caso de ascenso a cargo con mayor remuneración básica, y en caso de antigüedad, sin perjuicio de la remuneración alcanzada por el empleado, pero sin que los dos beneficios pecuniarios sean acumulables al efectuarse la promoción:

"Artículo 3o. Las personas que ingresen a empleos correspondientes a los organismos comprendidos en el presente Decreto tendrán como sueldo de ingreso el asignado a la categoría de la escala de remuneraciones donde estuviere ubicado el cargo.

"Artículo 4o. Si al ser promovido o trasladado un empleado a cargo ubicado en diferente categoría cuyo sueldo de ingreso sea inferior al adquirido por motivo de prima de antigüedad, el empleado continuará devengando la remuneración alcanzada y sobre esta se computarán los aumentos por concepto de dicha prima".

Debe, pues, concluirse, que el ascenso a cargo de mayor remuneración básica hace perder la antigüedad, respetando, no obstante, la remuneración alcanzada por el empleado en el cargo anterior, mientras las primas correspondientes al nuevo empleo, hacen que la remuneración total del nuevo empleo supere la del anterior.

La excepción se explica, porque no sería lógico que por el hecho de ascender a un empleado se le disminuyera su sueldo actual. La ley con un criterio de equidad, respeta la remuneración alcanzada en el puesto anterior, sin perjuicio de la aplicación de las normas salariales que rigen el nuevo empleo.

7. En la legislación colombiana *empleo* y *cargo* son sinónimos. Así se desprende de la simple lectura de normas constitucionales y legales. El artículo 7o de la

reforma constitucional aprobada en el plebiscito de 1957, dice: "En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un EMPLEO o CARGO público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

El artículo 63 de la Carta expresa que no habrá en Colombia "EMPLEO que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" y el 65, que "ningún funcionario entrará a ejercer SU CARGO sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben".

También las leyes hablan indistintamente de EMPLEO o CARGO con el mismo contenido conceptual. En el propio decreto 2285 de 1968, se encuentran expresiones como estas: "Se entiende... por clase, el grupo de empleos substancialmente similares..." y "clase a la cual se asigne el cargo".

No es posible, en consecuencia, admitir, que "cargo" y "empleo" tengan significación distinta para darle valor jurídico diferente en la aplicación de la escala salarial.

8. La generalidad de la nomenclatura y de la escala para todos los empleos que comprende, es esencial al nuevo sistema de administración de personal. Su modificación, o el de las funciones descritas en el Manual de Clasificación, rige para todos los empleos colocados en las mismas condiciones, y desde luego afecta o beneficia a los empleados que los desempeñan.

No es posible al gobierno, por ser contrario a la ley, y en este caso la ley se confunde con la técnica, asignar un empleo o grupo de empleos, sin que haya cambio de sus funciones, a clase distinta a la que corresponde en la Nomenclatura de cargos, de acuerdo con el Manual descriptivo de funciones.

Este procedimiento, al que se refiere la consulta en su última pregunta, es claramente violatorio de la ley de nomenclatura que indica el sueldo que corresponde a las diferentes clases de empleos al asignarlas concretamente a una de las categorías de remuneración de la Escala y restablece, por caminos distintos, en manos de la administración, el desorden y los vicios burocráticos, que las sucesivas reformas administrativa se han propuesto eliminar.

El sistema de clasificación de los empleos públicos por deberes o funciones adoptado en nuestra legislación siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica y Canada, se orienta por el principio de asegurar "igual remuneración a trabajo de igual valor".

De acuerdo con el precepto constitucional vigente (art. 120, ordinal 21), y el desarrollo que le dió el propio Gobierno en el decreto–ley 3191 de 1968, el legislador fija la escala de sueldos, establece la nomenclatura de los empleos públi-

cos —ordenados en clases y series según sus funciones y categorías— y la remuneración que les corresponde, escala y nomenclatura aplicables a todos los empleos del Servicio Civil de la Administración Pública Nacional no descentralizada.

Los empleos, según sus funciones, se asignan a las clase de la nomenclatura, y al incorporarlos a una clase se determina igualmente su remuneración.

Es de competencia del Departamento Administrativo del Servicio Civil describir en el Manual de Clasificación las funciones de los empleos que comprenda cada clase, para efectos de su remuneración. El Manual descriptivo de funciones es modificable por la administración, que lo conservará actualizado para que las diferentes funciones que se asignen a los empleados administrativos, se encuentren registradas y clasificadas en la nomenclatura de empleos.

Este es el alcance jurídico y técnico del sistema incorporado a la Carta en la reforma constitucional de 1968 y desarrollado en decretos con fuerza de ley. La Escala y la Nomenclatura constituyen el marco legislativo que condiciona y limita las atribuciones del Gobierno Nacional en la creación y remuneración de los empleos o cargos públicos.

Las escalas de remuneración deben someterse a revisión periódica del Congreso para adaptarlas al nivel de salarios en el país, dentro de la política que en estas materias y para el manejo de la economía siga el Gobierno. Igual revisión debe sufrir la nomenclatura de cargos, cuando ésta resulta insuficiente para el registro de actividades necesarias al trabajo administrativo y, particularmente, cuando ésta fija como es en el caso del decreto—ley 3191 de 1968, la relación de las clases de empleos con la escala de sueldos.

EN EL MANUAL DE ADMINISTRACION PUBLICA —Conceptos y prácticas modernas especialmente en relación con los países en desarrollo— 1962, preparado por las Naciones Unidas, se anota:

"83. La clasificación o gradación es una medida preliminar indispensable en la organización de un servicio de carrera basado en el mérito. Sin ella no es posible establecer normas apropiadas para la selección del personal, ni puede haber una base uniforme para dar a todos en el servicio igual categoría y remuneración por un trabajo igual. Los criterios para determinar una clasificación o un grado son el nivel del trabajo, la esfera de deberes y funciones y los requisitos académicos o de otra clase que se exijan. Tales criterios han de ser definidos por cada nación en relación con las funciones que ha de realizar como parte de su administración pública.

"84. Un sistema acertado de clasificación y gradación puede cumplir varios propósitos. Establece una uniformidad en el método de describir los puestos, tí-

tulos y sueldos en todo el servicio; fomenta la movilidad dèntro del servicio civil de carrera facilitando traslados y ascensos; proporciona títulos uniformes de los puestos al personal encargado de preparar los presupuestos; ofrece la base para el reclutamiento y el ascenso por méritos, y elimina del dominio de la controversia política, la desigualdad y el favoritismo en la cuestión de las retribuciones individuales"

En los términos anteriores se absuelve la consulta formulada.

Transcríbase a la doctora Carmenza Arana de Ramírez, Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Alejandro Domínguez Molina
Luis Carlos Sáchica

Mario Latorre Rueda
Alberto Hernández Mora

Edné Cohén Daza
Secretaria

AI 1

CONSULTAS DEL GOBIERNO

CONCEJOS Y ALCALDES. Delegación de funciones de los Concejos a los Alcaldes. Organización de la Administración Municipal de Bogotá.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: **Doctor Alejandro Domínguez Molina.**

Bogotá, D.E., octubre cuatro de mil novecientos setenta y uno.

Referencia: Consulta. Expediente No. 585.

El señor Ministro de Gobierno consulta a la Sala:

"Atendiendo la petición formulada por el señor Alcalde de Bogotá, contenida en la comunicación de 3 de septiembre pasado, me permito solicitar, con toda atención, a esa H. Sala su concepto sobre la cuestión planteada en la referida comunicación, concebida en los términos de la siguiente transcripción de la misma:

"Alcaldía Mayor de Bogotá, D.E., julio 29 de 1971.

"Señor Doctor
ABELARDO FORERO BENAVIDES
Ministro de Gobierno
E. S. D.

"CARLOS ALBAN HOLGUIN, mayor y vecino de Bogotá, con cédula de ciudadanía número 1091 expedida en Bogotá, obrando como Alcalde Mayor de

Bogotá Distrito Especial, con todo respeto solicito a Ud. se sirva elevar ante el Honorable Consejo de Estado la consulta que a continuación incluyo, a fin de que ese Corporación se pronuncie acerca de la viabilidad de la expedición de un Decreto emanado de este Despacho, por medio del cual se determinan o delimitan las zonas Administrativas Menores de la ciudad.

"ANTECEDENTES.

"1. Por medio de la Ley 72 de 1926. –Art. 7o. Numeral 7o. el Concejo de Bogotá recibió atribuciones para 'Delegar al Alcalde las facultades necesarias para el buen servicio de la Administración Municipal'.

"2. Al ser organizada Bogotá como Distrito Especial, mediante Decreto Legislativo 3640 de 1954, en el Art. 5o. se dijo que el Concejo de esta ciudad, conservaría las atribuciones que le habían sido conferidas por la Constitución y las Leyes, a los Concejos Municipales, y en especial, al del Municipio de Bogotá.

"3. Igualmente en este texto legal, en su Art. 9o. se lee lo siguiente: 'El Jefe de la Administración del Distrito Especial se denominará Alcalde Mayor, y será nombrado por el Presidente de la República'. 'El Alcalde Mayor designará Alcaldes Menores en las zonas del territorio del Distrito Especial que estime conveniente'

"4. El Concejo de Bogotá, D.E., mediante Acuerdo 11 de 1954, dispuso que en cada una de las zonas correspondientes al territorio de los Municipios anexados, habría un Alcalde Menor que dependería en el orden administrativo del Alcalde Mayor del Distrito. Como función del Alcalde Menor, señaló la de dirigir la acción administrativa en el territorio de su jurisdicción y 'velar por cumplir y hacer cumplir la Constitución, las Leyes los Acuerdos y los Decretos Municipales'.

"5. El Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por medio del Acuerdo 32 de 1956, dividió el Distrito Especial de Bogotá en zonas administrativas, que dispuso serían determinadas por decretos que dictaría la Alcaldía. Este mismo Acuerdo, ordenó que en cada zona administrativa habría un Alcalde Menor y los funcionarios que fueren necesarios para la buena marcha de la Administración, los cuales serían designados por el Alcalde Mayor. Finalmente allí expresó, que el Gobierno, obrando de acuerdo con el Plan Regulador haría la división de zonas a que he hecho referencia, quedando facultado para crear los cargos que fueren necesarios, suprimir empleos, refundir y señalar funciones, asignarles sueldos y hacer traslados y adiciones presupuestales que fueren necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Concejo.

"6. Por su parte el Decreto Ley 3133 de 1968. 'Por el cual se reformó la Organización Administrativa del Distrito Especial de Bogotá al señalar las funciones del Alcalde Mayor, manifestó que éste conservaría las demás que le habían sido atribuídas por la Constitución, las Leyes y los Acuerdos distritales. En el numeral 15 de este Artículo 16, entre las funciones del Alcalde Mayor se tiene la de designar Alcaldes Menores y otros funcionarios delegados suyos en las zonas del territorio del Distrito Especial según la reglamentación que al efecto adopte el Concejo. Las disposiciones en parte citadas y en parte transcritas, han dado origen a dos tesis, fundamentalmente diferentes una de otra si sobreexiste o no en el Alcalde Mayor la facultad de determinar por el decreto las zonas administrativas menores en que el Concejo dividió el territorio del Distrito Especial de Bogotá y en consecuencia, puede designar los Alcaldes Menores correspondientes, así:

"*Primera Tesis.* La labor prospectada de determinar las zonas administrativas menores, en la actualidad es de gestión exclusiva del Concejo de la ciudad, a términos de lo dispuesto en el Numeral 3o. del Artículo 197 de la Constitución Nacional –Reforma de 1968– y el Numeral 3o. del Artículo 13 del Decreto Ley 3133 de ese mismo año. Que por virtud de tales ordenamientos el Concejo recuperó la facultad de ejercitar la función, que transitoriamente se había radicado en cabeza del Alcalde Mayor, mediante el Acuerdo 32 de 1956, Acuerdo que en consecuencia ha perdido su vigencia.

"*Segunda Tesis.* La disposición contenida en el Acuerdo citado, esto es el 32 de 1956, mantiene su fuerza legal y por tanto el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá se halla todavía revestido de las facultades que allí le otorga el Concejo de la ciudad, si se quiere tomar bajo esta modalidad, o que este mismo funcionario aún se halla obligado a dar cumplimiento a lo indicado por el Concejo en dicho Acuerdo, habida consideración de que no ha sido modificado ni derogado expresa o tácitamente.

"Por lo tanto, sin invadir órbita de actividad ajena el Alcalde Mayor puede proceder a determinar por medio de Decreto las diversas zonas administrativas en que el Concejo de Bogotá Declaró dividido el territorio de esta municipalidad.

"No se puede considerar correcta la apreciación de que el Concejo se había despojado temporal o definitivamente de la facultad que por entonces tenía de 'organizar la Administración Municipal por medio de 'Acuerdos', (Ley 72 de 1926-Art. 16), sino que en ejercicio de la facultad legal contenida en el artículo 7o. de la Ley 72 de 1926, encargó al Alcalde de atender esta cuestión, 'para el buen servicio de la Administración Municipal', encargo u orden que no le ha sido cancelado hasta la fecha.

"Que tampoco se puede hacer una interpretación analógica entre los requisitos hoy exigidos por el Art. 197 –numeral 7o.– de la Constitución Nacional y por el

numeral 15 del Art. 13 del Decreto Ley 3133 de 1968, con la forma en que el Concejo de la ciudad de Bogotá podía hacer uso de la función legal de delegar al Alcalde las facultades necesarias para el buen servicio de la Administración Municipal, puesto que si las normas hoy vigentes sobre esta materia están subordinadas a las exigencias de temporalidad y precisión, el ejercicio de aquella facultad (numeral 7o. –Artículo 7o– Ley 72 de 1926) era simple y ausente de condiciones".

CONSIDERA LA SALA:

Nunca antes del año de 1968 se consagró en la Constitución Nacional entre las atribuciones de los Concejos Municipales, la de autorizar a los Alcaldes para ejercer funciones propias de dichas corporaciones. Fue la Ley 72 de 1926 la que al ampliar la facultad del Concejo de Bogotá dispuso que tenía la de "delegar al Alcalde las facultades necesarias para el buen servicio de la Administración Municipal".

Mas, el Acto Legislativo número 1 de 1968 en su artículo 6o. que corresponde al 197 de la Codificación Constitucional, introdujo expresamente como nueva atribución de tales Corporaciones, la de autorizar al respectivo Alcalde para ejercer algunas de sus propias funciones. En efecto, esa norma dice:

"Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la Ley las siguientes:

"...

"7. Autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, pro-tempore, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos".

De modo que de acuerdo con esta norma, los Concejos sí pueden delegar en el Alcalde el ejercicio de algunas de sus funciones, mas no en forma permanente o indefinida, sino limitada en el tiempo.

Ahora bien, como "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (artículo 9o., Ley 153 de 1887), por virtud de la enmienda constitucional citada, no subsiste la atribución dada al Concejo de Bogotá en el artículo 7o. de la Ley 72 de 1926, de delegar al Alcalde, sin señalamiento de plazo para su ejercicio, facultades para organizar la administración Municipal, función propia de esa Corporación, según las reglas 1a. y 3a. del artículo 197 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, las delegaciones que de tal atribución hubiere hecho el Concejo de Bogotá al Alcalde Mayor, perdieron su vigencia al entrar a regir el Acto Legislativo Número 1 de 1968, pues, de acuerdo con esta enmienda constitucional, la delegación a los Alcaldes de funciones que corresponden a los Concejos, solo pueden hacerlas estas Corporaciones pro–tempore y no en forma permanente o sin señalamiento de término para ejercerlas.

En los anteriores términos se absuelve la consulta citada y se dispone comunicarlo así al señor Ministro de Gobierno.

Alejandro Domínguez Molina
Alberto Hernández Mora

Mario Latorre Rueda
Luis Carlos Sáchica

Edné Cohén Daza
Secretaria

A I 6

CONSULTAS DEL GOBIERNO

PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES. Reajuste inicial y periódico. Excepciones al reajuste de pensiones. Decreto ley 435 de 1971.

PENSIONES, AUXILIOS PARA GASTOS FUNERARIOS DE LOS PENSIONADOS, SERVICIOS MEDICOS, QUIRURGICOS Y HOSPITALARIOS. Financiación de su reajuste, aumento y extensión según el Decreto Ley 435 de 1971.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

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

Bogotá, D.E., diciembre siete de mil novecientos setenta y uno.

Radicación No. 594.

El Señor Ministro de Agricultura somete a la consideración de la Sala la siguiente consulta:

"a) Al tenor de la Reforma Administrativa de 1968 y, concretamente de los Decretos Leyes 3135 de 1968 (artículo.5o.) y 1848 de 1969 (artículo 1o.), se denomina genéricamente EMPLEADOS OFICIALES a las personas naturales

que trabajan al servicio de Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias. Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta.

"Dicha denominación EMPLEADOS OFICIALES abarca dos grandes especies:

"1. Los Empleados Públicos, y

"2. Los trabajadores Oficiales.

"b) El Decreto 435 de 1971, al definir en su encabezamiento el objetivo y ámbito de aplicación de la norma, expresó: "Por el cual se reajustan las pensiones y otras prestaciones de los *empleados públicos* y trabajadores del *sector privado* y se provee a su financiamiento en el sector público" (se subraya).

"c) A diferencia del Decreto 434 de la misma fecha, cuyo artículo 19 sí hace expresa mención del "empleado público y el "trabajador oficial", como lo exigen las expresadas definiciones legales, el Decreto 435 habría eliminado al "trabajador oficial" por no haberse designado sino la especie "empleados públicos" del sector oficial. y no haberse acudido tampoco a la expresión genérica EMPLEADO OFICIAL, comprensiva de ambas especies.

"d) Bien es cierto que algunas otras expresiones del Decreto 435 sugieren la posibilidad de que esta norma sea aplicable a la totalidad del sector público. Pero como se trata de normas que crean obligaciones -y lo que es más significativo obligaciones a cargo del Estado-, cuya interpretación, conforme a normas generales de hermenéutica, debe ser en principio restrictiva, surge la necesidad de dilucidar la cuestión, a cuyo efecto formulo respetuosamente las siguientes CONSULTAS:

"1. A falta de otros textos que aclaren en forma inequívoca la extensión de las prestaciones del Decreto 435 de 1971 a los "trabajadores oficiales", deben las respectivas entidades otorgárselas por vía de inferencia, o interpretación lata de las otras expresiones del mencionado decreto?

"2. La interpretación general que haya de darse al Decreto 435 de 1971 es también aplicable al artículo 2o. del mismo, que regula el nivel máximo de las pensiones de jubilación en el sector público, más que los "reajustes" propiamente dichos previstos en el resto del articulado?

O por el contrario, el artículo 2o. es susceptible de una interpretación diferente a la de los demás artículos del mismo decreto?

"3. En caso de que el Decreto 435 de 1971 sea también aplicable a los "trabajadores oficiales", tienen las entidades obligadas a cubrir esas prestaciones (V.G. el Ministerio de Obras Públicas, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el Banco Ganadero, etc.) vocación a los recursos provenientes del aumento de impuestos decretado a tal objeto y, por ende, a la provisión de los respectivos fondos por el Gobierno Nacional? ".

LA SALA CONSIDERA:

1. El Congreso Nacional por medio de la ley 20 de 1970, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias (C.N. Art. 76, Ordinal 12), para lo siguiente:

"a) Establecer un mecanismo en virtud del cual, todo reajuste de sueldos o salarios en los sectores público, semioficial o privado, implique una elevación en las pensiones en forma proporcional al aumento decretado en favor de los trabajadores activos, con un criterio de equidad,

"b) Determinar la cuantía de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y muerte, del sector privado vigentes en la actualidad,

"c) Establecer el valor del reajuste de las actuales pensiones de invalidez, vejez y jubilación del sector público,

"d) Determinar el auxilio para gastos funerarios de los pensionados de los sectores públicos y privados;

"e) Determinar los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que deban otorgarse a las personas que por ministerio de la ley dependen del pensionado;

"f) Establecer todos los medios de financiación necesarios a los indicados fines, creando las contribuciones a que haya lugar, reajustando las cotizaciones obrero-patronales, tanto para el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como para la Caja Nacional de Previsión y demás entidades encargadas de de cumplir tales mandatos prestacionales.

"g) Reorganizar financiera y administrativamente el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la Caja Nacional de Previsión y demás entidades de previsión social de carácter nacional".

2. En uso de las facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 435 de 1971 (marzo 27), cuya parte dispositiva se divide en capítulos, el primero de los cuales se titula "Reajuste de pensiones en el

Sector Público", el segundo, "Reajuste de pensiones en el Sector Privado", y los capítulos III, IV y V restantes, en su orden "Auxilios para gastos funerarios", "Financiamiento del reajuste de prestaciones Sociales" y "Transmisión de las pensiones en el Sector Privado".

3. Como se desprende de su texto, las facultades de la ley 20 de 1970 las dió el legislador al gobierno para que procediera a reajustar todas las pensiones que la ley ordena pagar tanto a los servidores públicos como a los de la empresa privada, y a establecer un mecanismo de reajuste periódico de las pensiones en los "sectores público, semioficial o privado", en consonancia con el aumento de sueldos y salarios que se registre para el personal en actividad, y los medios para financiar la mayor erogación que implicara el aumento de las prestaciones.

En la intención de la Ley y del decreto se advierte que el propósito del legislador y del gobierno fue el de atender una situación común a todos los pensionados originada en el progresivo deterioro del poder adquisitivo de la moneda. Si el proceso inflacionario afectaba y afecta a los pensionados, en su totalidad, los correctivos tendientes a restablecer el equilibrio debían ser igualmente de carácter general.

Con anterioridad a la ley 20 de 1970, el principio de la revisión periódica de las pensiones, ya lo consagraba el decreto 3135 de 1968, en su artículo 32. Dice esta disposición:

> "El Gobierno organizará, vinculado al Departamento Administrativo del Servicio Civil, un comité encargado de efectuar los estudios necesarios para que, mediante su revisión las pensiones cumplan su finalidad social, y de elaborar los proyectos de ley que el Gobierno someterá a consideración del Congreso e indicará los recursos con que se cubrirá el monto de los ajustes que los respectivos proyectos provean".

Es pues, principio general incorporado al estatuto de prestaciones al servidor público, el del reajuste periódico de las pensiones, como lo es el de la especial protección del trabajo por parte del Estado que proclama nuestra Carta política en su artículo 17.

4. El capítulo I del decreto 435 de 1971, es desarrollo en la administración pública de la facultad conferida al gobierno en la ley 20 de 1970 para el reajuste de pensiones. El capítulo se titula *"Reajuste de pensiones en el sector público"* y en armonía con la ley de facultades, establece dos clases de reajustes: uno inicial o básico, y otro periódico, cada tres años. El artículo 1o. del decreto y del capítulo, reglamenta el reajuste inicial en el sector público: "A quien tenga el status de pensionado en 31 de diciembre de 1970, dispone, se le reajustará, de oficio, su pensión en $100.oo pesos mensuales, a

esta suma se le agregará la cuantía resultante de aplicar a la pensión en 31 de diciembre de 1970 (P.A.), un porcentaje equivalente al cuatro por ciento (4o/o) multiplicado por el número de años transcurridos entre aquel en el cual se causó o se reajustó por última vez la pensión P.A. y aquella fecha".

El artículo 3o. del decreto y del capítulo I, establece que: "el Gobierno Nacional hará los reajustes de las pensiones cada tres años, teniendo en cuenta la variación de salarios registrada en ese período, de conformidad con el porcentaje (o/o) de variación que fije el Consejo Nacional de Política Económica y Social".

Lo establecido en los artículos 1o. y 3o. del decreto tiene carácter general y se refiere a todos los pensionados del sector público, según lo expresan en forma inequívoca estas disposiciones y el título que las gobierna en el capítulo.

Las únicas excepciones a lo ordenado en los artículos 1o. y 3o. las consigna el artículo 4o. que expresamente excluye de "este reajuste" de pensiones o sea el del Decreto 435, el personal militar de las fuerzas militares y el de carrera de la Policía Nacional, el de maestros, en cuanto a la pensión complementaria que reciba de los departamentos o municipios, y el de los Ferrocarriles Nacionales siempre y cuando haya obtenido reajuste por convención colectiva y sea éste más favorable, caso en el cual el reajuste se hará en relación con el último efectuado.

La finalidad perseguida por el Gobierno al dictar el decreto 435 de 1971, aparece con toda claridad del texto de sus disposiciones: cumplir para todo el sector público las facultades y el mandato implícito contenido en la ley 20 de 1970 para el reajuste de pensiones. Difícilmente podía el decreto apelar a expresiones más precisas y terminantes para indicar sin lugar a dudas, que las disposiciones del capítulo I se refieren a toda la administración nacional, departamental o municipal, central o descentralizada, que el reajuste inicial (art. 1o) se ordena para todos los pensionados de la administración, sin distinguir entre empleados públicos y trabajadores oficiales, que el reajuste periódico es igualmente general y que sólo queda excluído del reajuste ordenado en el decreto el personal señalado en el artículo 4o., cuando concurran las circunstancias indicadas en la misma disposición.

Es cierto que el decreto al indicar la materia que se reglamenta se refiere al reajuste de pensiones de los "*empleados públicos* y trabajadores del sector privado", pero de la referencia que esta parte del decreto hace a los "empleados públicos" no puede deducirse que las disposiciones de su articulado excluyan a los "trabajadores oficiales", que son también servidores de la administración.

Las leyes, lo mismo que los decretos, tienen un encabezamiento y una parte dispositiva. Leyes y decretos se citan por su número, el año en que se expiden y la materia de que tratan. Los códigos por su título (C.P. y M. Art. 46).

La referencia al número, año y materia en el encabezamiento de todo estatuto, responde a la necesidad de ordenar y clasificar la legislación cronológicamente y por su contenido. Pero la función del encabezamiento es meramente indicativa, no normativa. La voluntad normativa del legislador, y en su caso la del gobierno, se expresa en la parte dispositiva de la ley o del decreto.

La referencia que se hace en la ley a la materia reglamentada, no tiene fuerza para modificar o restringir lo que con toda claridad expresen sus disposiciones. En todo caso de contradicción entre éstas y aquélla, prima la parte dispositiva. Si ésta no establece excepciones a su mandato, no le es dado al intérprete deducirlas de la indicación de materia que se haga en el encabezamiento. El principio de generalidad de la ley es contrario a esta clase de interpretaciones y exige que toda excepción se consagre expresamente y se interprete en forma restrictiva.

5. Razonamiento similar al que se ha hecho en lo referente al reajuste de pensiones lleva a concluír que lo dispuesto en el artículo 2o. del decreto-ley 435 de 1971, es aplicable a todos los pensionados del sector público, con las excepciones que esta disposición indica, o sea las relacionadas con los miembros del Congreso y el personal de la administración que tenga régimen legal especial.

6. Entre las facultades extraordinarias que la ley 20 de 1970 dió al gobierno, estaba la de establecer todos los medios de financiación necesarios al reajuste de las pensiones, al aumento del auxilio para gastos funerarios de los pensionados y a la extensión de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios a las personas dependientes del pensionado. Entre estas medidas financieras la ley autorizó expresamente la de crear contribuciones.

En desarrollo de esta facultad el decreto-ley 435 de 1971, en su artículo 13, aumentó el impuesto de timbre, el de papel sellado y el impuesto sobre las ventas, *"con el objeto de atender a las mayores erogaciones implicadas por el* reajuste de las pensiones de invalidez, vejez y jubilación dispuestas en este decreto *a las distintas entidades de orden nacional que deben cubrirlos* (sic), así como por el nuevo mecanismo de reajuste de las mismas y por la extensión de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios". (subraya la Sala):

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 13, en completa armonía con la ley de facultades, el aumento de los impuestos que la misma dispo-

sición ordena, se destina a atender las mayores erogaciones que el reajuste de las mesadas pensionales y la extensión de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios impone a las entidades nacionales que deben cubrirlas, excluída la parte que en el impuesto sobre las ventas corresponde a los departamentos y municipíos (ley 33 de 1968), pero sin que varíe la destinación que estas entidades deben darle al aumento tributario.

En consecuencia y considerando el punto 3o. de la consulta, debe concluírse que todas las entidades de la administración nacional que estén atendiendo al pago de pensiones, directamente o por medio de la Caja Nacional de Previsión, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, o establecimientos similares, tienen vocación para participar en los nuevos recursos provenientes del aumento de impuestos, ordenado por el decreto 435 de 1971 principalmente para atender al reajuste de pensiones, el cual debe hacerse efectivo a partir del primero de abril de 1971, (Art. 16, ibidem) para todos los pensionados del sector público, ya se trate de empleados o trabajadores oficiales.

El Gobierno Nacional, por su parte, debe tomar las providencias necesarias para dar cumplimiento a las que el decreto dispone.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada.

Transcríbase al señor Ministro de Agricultura.

Alejandro Domínguez Molina *Mario Latorre Rueda*
Luis Carlos Sáchica *Alberto Hernández Mora*

Edné Cohén Daza
Secretaria

A I 11

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MAESTROS Y PROFESORES OFICIALES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL. *Existe entre ellos y la Nación un vínculo contractual laboral o una relación legal o estatutaria, en virtud del artículo 29, S.S. y concordantes del Decreto 3157 de 1968?*

PENSIONES DE JUBILACION DE MAESTROS OFICIALES DE CUALQUIER JERARQUIA. *Debe aplicarse la Ley 114 de 1913, relativa a ellas, bajo un criterio laboralista que toque con las normas prestacionales vigentes para empleados públicos, o por el contrario, puede descartarse esa calidad y procederse a darle aplicación bajo el criterio de que es una ley especial relativa a los maestros de escuelas oficiales?*

MAESTROS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL QUE NO HAN DEPENDIDO DE LA NACION COMO ENTIDAD NOMINADORA. *El Decreto 435 de 1971 le da a éllos derecho para reclamar de la Nación el reajuste que contempla?*

PENSION DE JUBILACION PRINCIPAL Y COMPLEMENTARIA DE LOS MAESTROS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL. *Interpretación del literal b) del Artículo 4o. del Decreto 435 de 1971.*

MAESTROS DEPARTAMENTALES JUBILADOS POR EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL CON FUNDAMENTO EN LA LEY 114 de 1913. *Forma de financiación de los reajustes a que se refiere el Decreto 435 de 1971.*

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: **Dr. Mario Latorre Rueda.**

Bogotá, D.E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y uno.

Radicación No. 601.

El señor Ministro de Educación formula una consulta sobre la aplicabilidad del Decreto 435 de 1971. Se inserta en esa consulta un concepto de la Oficina Jurídica de ese Ministerio y se la acompaña de una comunicación de la Asociación de Pensionados Docentes de Cundinamarca y de un concepto de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo.

Para mayor claridad se transcribe separadamente cada una de las preguntas formuladas, seguida, en cada caso, de las consideraciones de la Sala.

"1. En virtud del Artículo 29, ss. y concordantes del Decreto 3157 de 1968, puede entenderse por interpretación benévola que entre los maestros y profesores oficiales del orden departamental, y la Nación, exista un vínculo contractual laboral o relación legal o estatutaria"?

LA SALA CONSIDERA:

Este Decreto 3157 de 1968 tiene por objeto reorganizar el Ministerio de Educación Nacional y estructurar el sector educativo de la Nación.

Así, para mostrar su alcance en general y hacerlo con algunos ejemplos, el Artículo 1o. de este Decreto determina que el sector educativo nacional está constituído por el Ministerio de Educación Nacional y algunos establecimientos públicos como el ICETEX, el ICFES, COLCULTURA; etc; el Artículo 4o. organiza el Ministerio de Educación en Despacho del Ministro, Despacho del Viceministro, Secretaría General, Organismo de Asesoría y Coordinación; los Artículos 5o., 6o. y 7o. señalan las funciones de esas y otras dependencias etc.

En este mismo Decreto se establece que en cada uno de los Departamentos, el Distrito Especial y en las areas metropolitanas que se creen, habrá un Fondo Educativo Regional o Distrital (art. 29); se dispone que cada uno de esos Fondos estará constituído por aportes de la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial y los Municipios (arts. 29); se fija la forma de administrarlos (art. 31), se prescribe que sus dineros se manejarán separada-

mente de los fondos comunes de los Departamentos, Distrito Especial o Area Metropolitana, con una contabilidad especial, y que de cada uno se hará un presupuesto anual que será sometido a la aprobación del Ministerio de Educación Nacional (arts. 32 y 33).

Tienen estos Fondos como objeto "atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias" (art. 29), y, expresamente, se dispone que las pensiones de jubilación, cesantías y demás indemnizaciones a que tenga derecho el distinto personal de los planteles de educación y demás organismos oficiales no es imputable a estos Fondos.

Se ve, pues que estos fondos son, por su carácter, organización y finalidad, administrativos. A este respecto escribió precisamente el Ministro Arismendi quien firmó este Decreto: "Para acelerar y asegurar la ejecución de la política educativa del Gobierno, especialmente en lo que respecta a la extensión de la enseñanza primaria y media departamental así como para asegurar una adecuada administración educativa que permita el desarrollo y cumplimiento de los programas del Gobierno en este campo se crearon estos fondos. Estos están representados legalmente por cada Gobernador; están constituídos por los aportes presupuestales nacionales y departamentales que se destinan a atender los gastos de funcionamiento, de la educación primaria departamental para lo cual también se les presta el asesoramiento técnico, administrativo y financiero requerido".

No hay por lo tanto, y para hacer referencia a la pregunta concreta formulada en este punto, "un vínculo o relación directa contractual laboral o relación legal o estatutaria", entre los maestros y profesores oficiales departamentales y la Nación por la constitución de estos Fondos.

> "2. La Ley 114 de 1913 relativa a pensiones de jubilación de maestros oficiales de cualquier jerarquía debe aplicarse bajo un criterio laborista que toque con normas prestacionales vigentes para empleados públicos, o, por el contrario, puede descartarse esa calidad y procederse a darle aplicación bajo el criterio de que es una Ley de carácter especial deslindada en sus fines y procedimientos de las normas que crean y regulan las prestaciones sociales de los empleados públicos, exigiéndose para ello no el rango de empleado público sino el de maestro de escuelas oficiales"? .

A este respecto, para formular la consideración de la Sala, se transcribe el artículo 1o. de esta Ley: "Los maestros de Escuelas Primarias que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley".

En esta, sin necesidad de transcribir otros artículos o Leyes posteriores que la modifican en cuanto al computo o cuantía, una pensión, de carácter especial, para determinados funcionarios, dada la naturaleza de sus tareas, que se origina en los servicios prestados a un departamento y que la Nación reconoce, una excepción o un privilegio, si se quiere, en relación a otros funcionarios en general o a otras personas dedicadas también a la enseñanza, pero que tiene todas las características propias de una pensión de jubilación, de una prestación social.

Es cierto que en la Ley se hace referencia a esta pensión como una "gracia" y a quien la recibe como "agraciado", pero no es aventurado explicarse estos términos por no haberse desarrollado, dada la época, un concepto de determinadas prestaciones sociales como una obligación y, correlativamente, como un derecho. Vale la pena también anotar que el carácter de privilegio se desdibuja y aún puede desaparecer, si se tiene en cuenta que esta pensión tiene por objeto, como lo dispone la misma Ley, que el maestro adquiera recursos que le permitan vivir en "armonía con su posición social y costumbres", que en el caso de la mujer sólo se concede si es soltera o viuda y se pierde si se adquieren bienes que produzcan lo necesario para atender a las propias necesidades o de la familia, y, si se es mujer, por contraer matrimonio.

"3. El Decreto 435 del 27 de marzo de 1971 "por el cual se reajustan las pensiones y otras prestaciones de los empleados públicos y trabajadores sector privado y se provee a su financiamiento en el sector público" le dá derecho a los maestros del orden departamental que no han dependido de la Nación como entidad nominadora, para reclamar de ésta el reajuste contemplado en el Decreto en comento"?

Dado el carácter de esta pensión, considerado al tratar el punto anterior, los maestros departamentales, aunque no hayan sido nombrados por la Nación, tienen, derecho al reajuste del Decreto 435 en cuanto a la pensión nacional de la Ley 114.

Para considerarlo así, la Sala tiene en cuenta, de una parte, que esa misma Ley 114 en el ordinal 3o. del art. 4o. establece que nada obsta para recibir al mismo tiempo y por el mismo maestro una pensión de la Nación y otra del Departamento, y, de otra parte, que el reajuste de las pensiones y otras prestaciones sociales establecido por el Decreto 435 es para todos los empleados públicos, para todo el "sector público" —además del privado—, sector en el cual están comprendidos los maestros departamentales que tuvieren la calidad de pensionados por la Ley 114 a que se ha venido haciendo referencia.

"4. Cual sería la interpretación lógica del literal b) del Artículo 4o. del Decreto 435 ya citado en cuanto a "pensión complementaria se refiere" y en cuanto a la

entidad obligada al reajuste, habida cuenta de que esa Honorable Corporación en fallo del 15 de noviembre de 1969 donde actuó como Ponente el Honorable Consejero Doctor ALVARO OREJUELA GOMEZ, dirimió la contienda entre la pensión principal y pensión complementaria llegándose a concluir que ambas pensiones la Departamental y la Nacional no son complementarias sino independientes, integrales y originadas en normas que obedecen a diferentes causas"?

Para considerar este punto, se comienza por precisar que el literal b) del Artículo en referencia, textualmente, excluye de "este reajuste", además del personal militar y del de los Ferrocarriles Nacionales según determinadas condiciones, el de maestros "en cuanto se refiere a la pensión complementaria que recibe por los Departamentos o Municipios".

E igualmente, que la Ley 114 de 1913 en el ordinal 3o. del Artículo 4o. dispuso que un maestro, cumpliéndose determinados requisitos, podía recibir al mismo tiempo pensiones concedidas por la Nación y un Departamento.

Ahora bien, y sin necesidad de entrar a hacer el recuento de la evolución de las prestaciones sociales, durante un tiempo un maestro departamental recibía esa pensión de la Ley 114 que cubría la mitad de su sueldo, y el Departamento al que había servido le otorgaba, por ordenanza, una pensión adicional. Para traer un ejemplo, se puede citar el artículo 12 de la Ordenanza No. 59 de 1971 de Cundinamarca que decía: "Para el caso especial de los maestros e inspectores escolares pensionados por la Nación que tengan derecho a esa gracia del tesoro nacional, la Caja de Previsión sólo reconocerá el saldo que falte para completar el valor del último sueldo devengado por el respectivo inspector o maestro". Era, entonces, esa prestación social, en ese aporte que era cubierto por el Departamento, estrictamente, una pensión complementaria.

Luego, y también sin hacer referencia detallada a la evolución legislativa, la Ley 4a. de 1966 en su artículo 4o. determinó que la pensión de jubilación de los trabajadores de una o más entidades de derecho público, tendría como base el 75o/o del producido mensual obtenido en el último año de servicios. Así las cosas, era entonces lógico concluir, dadas las disposicions, que uno de estos maestros tenía derecho a recibir esa pensión de la Ley 114 y otra pensión del Departamento, cada una en la cuantía determinada por la Ley 4a. de 1966. Por lo tanto, la pensión departamental perdía la característica de ser complementaria, y cada una de esas pensiones, la de la Nación y el Departamento, era una pension distinta, que debían ser cubiertas en su integridad, una por el Departamento y otra por la Nación. Y así fue reconocido por el Consejo de Estado.

Pero, con posterioridad, en 1971, se dicta ese Decreto 435 que establece un reajuste de las pensiones en el sector público pero que fija unas

excepciones entre las cuales está la de los maestros, a la que se ha hecho referencia al comenzar este punto.

El hecho de ser esta disposición posterior, hace necesaria su interpretación para su correcta aplicación. Así, ese literal b) del artículo 4o. excluye del reajuste a los maestros pero únicamente en cuanto la pensión provenga del Departamento o Municipio y tenga, además el carácter de complementaria. Es obvio, por lo tanto, que la pensión nacional que recibe uno de estos maestros queda en todo caso cobijada por este reajuste del Decreto que se comenta. En cambio la pensión departamental no queda comprendida por ese reajuste pero solo en el caso de que sea "complementaria", es decir, cuando se recibe una pensión de la Nación. Si ese maestro no recibe la pensión nacional pero si recibe la departamental, esta pensión departamental no tiene el carácter de complementaria, y le es, por lo tanto, aplicable el reajuste del Decreto 435. O sea que la excepción del literal b) debe interpretarse en el sentido de que la pensión departamental es complementaria solo cuando coexiste con la nacional, y en ese caso esa pensión departamental se excluye de los reajustes del Decreto 435.

> "5. Si la Nación está obligada a cubrir los reajustes a que se refiere el Decreto 435 en cita, atendiendo las reclamaciones de los maestros departamentales jubilados por el Ministerio de Educación Nacional con fundamento en la Ley 114 de 1913, cuál será la forma de financiamiento, dado que el Capítulo IV del Decreto se limita a financiar el reajuste de prestaciones sociales y no el de las pensiones gratuitas que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) conceda como gracia o recompensa? ".

Este mismo Decreto 435 que se viene comentando, en armonía con la Ley 20 de 1970, establece una serie de recursos, un aumento de impuestos, con el objeto de atender a las mayores erogaciones implicadas por los reajustes que ese Decreto ha otorgado, recursos destinados a "las distintas entidades nacionales" que deban cubrir esos reajustes.

Y como ya se dijo, que esa pensión que se paga a los maestros departamentales por la Ley 114 es una pensión que tiene todas las características de las que corresponden al sector público, en consecuencia deben atenderse las mayores erogaciones que los reajustes de esa pensión ordenados por el Decreto 435 ocasionen a la Nación con los aumentos de impuestos que este mismo Decreto destina para tal fín.

Alejandro Domínguez Molina — *Luis Carlos Sáchica*
Presidente
Alberto Hernández Mora — *Mario Latorre Rueda*

Edné Cohén Daza
Secretaria

A I 4

CONSULTAS DEL GOBIERNO

POSESION DEL EMPLEO. Su significación en el Estado de Derecho. Alcance Jurídico del juramento.

CARRERA JUDICIAL, PERIODO DE LOS FUNCIONARIOS Y CARGOS SUBALTERNOS. Ingreso, permanencia y retiro del servicio de funcionarios y empleados judiciales.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

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

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

Radicación No. 606.

El Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público somete a la consideración de la Sala la siguiente consulta:

"La aplicación del decreto 250 de 1970, por el cual se expide el estatuto de la carrera judicial y del ministerio público –sin que hasta el momento se halle en vigencia la carrera judicial de los funcionarios ni de los empleados de tal rama del poder público–, ha llevado al equívoco de creer que basta para la continuidad en el

cargo la ratificación del superior, sin necesidad de tomar posesión y juramentarse conforme lo exigen los artículos 65 y 161 de la Constitución Nacional.

"El artículo 23 del antecitado decreto prescribe que las funciones del cargo se asumen por la designación seguida de la posesión, y el artículo 11 del mismo estatuto al referirse a los designados por encargo, les impone la obligación de tomar posesión sin otro requisito que el juramento legal.

"Se ha considerado que el período de los subalternos o empleados, como los denomina el decreto dicho, es el mismo de quien los designa, y que a cada período constitucional del superior los tales deben tomar posesión, como lo hacen jueces y magistrados en su caso.

"En el artículo 7o. del decreto habla del término del respectivo período para quienes no sean de servicio de carrera, y el 66 ibídem, al dar una facultad, impone que para los que no son de carrera no habrá ascenso, ni permanecerán más allá del período.

"El artículo 72 del mismo ordenamiento reafirma la duración temporal por el término del período de quien hace la nominación.

"Se pregunta: ¿dentro de la actual legislación es necesaria la designación expresa, seguida del juramento y posesión del cargo de empleado de la rama jurisdiccional del poder público; o basta la sola permanencia en el cargo reconocida tácitamente por el superior? "

LA SALA CONSIDERA:

El ejercicio de toda función pública requiere el requisito de la posesión Esta ceremonia que en apariencia pudiera considerarse como cumplimiento de una mera formalidad, tiene por el contrario una profunda significacion en el Estado de Derecho y responde a la necesidad de someter el comportamiento de todo funcionario a los mandatos de la Constitución y de la ley. Sólo así se preserva la libertad individual cuando gubernantes y gobernados obedecen la misma norma jurídica.

Nuestra Constitución enseña que en Colombia todo empleo debe tener sus funciones detalladas en ley o reglamento (Art. 63), que el funcionario público es responsable por la infracción de la Constitución y de las leyes, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (Art. 20) y que ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben (Art. 65). En esta sencilla trilogía de preceptos encuentra uno de sus más valiosos pilares el concepto democrático de gobierno. En el acto de

la posesión se perfecciona la investidura del ciudadano para el ejercicio de funciones públicas, pero al mismo tiempo se recoge de él el juramento de ser leal a las instituciones y de ajustar sus actos a la ley.

> "Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo, dice el C. de R.P. y M. Art. 25, sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban. Esto es lo que se llama *posesión del empleo,* o bien, *tomar posesión de él,* y agrega:
>
> "El juramento se prestará por regla general de esta manera: de pie y descubiertos todos los que estén presentes, el que exige el juramento preguntará al que lo presta: "¿Jura usted por Dios todopoderoso, y promete solemnemente a la Patria cumplir la Constitución y las leyes y llenar fielmente, según su leal saber y entender, las funciones de su empleo? "
>
> "El que presta el juramento debe responder: "Si, lo juro"; y el primero replicará: "Si así lo hiciere, Dios y la Patria se lo premien, y si no, El y Ella se lo demanden".

En acto tan solemne y de tanta significación doctrinaria, el fisco ha encontrado nueva oportunidad para el impuesto de timbre, cuyo recaudo parece ser el origen de la consulta, pero este aspecto es completamente adjetivo y no altera el contenido jurídico de la posesión.

Considerado en su aspecto procedimental el juramento que se presta en la posesión es el requisito constitucional que habilita para el ejercicio de una función pública determinada. Esto es su alcance jurídico que no incide sobre el tiempo que dure el ejercicio del cargo, mientras permanezca el origen de la investidura y la vigencia de ésta.

El desempeño de funciones públicas se confiere a una persona por determinado período cuando la Constitución o las leyes lo señalan, o a término indefinido.

Los funcionarios y empleados públicos pueden ser, ademas, de libre nombramiento, y remoción o de carrera.

El período o la carrera amparan la estabilidad en el ejercicio de un determinado cargo o la permanencia en el servicio público. El primero durante el término que señale la ley, la segunda en forma indefinida hasta la edad de retiro forzoso.

En algunos casos, como sucede en la carrera judicial que debió estructurarse sobre los períodos que la Constitución señala a los magistrados y jueces, el período y la carrera pueden acumularse, pero cada cual con su propio significado. El primero garantiza la inamovilidad del funcionario en el

desempeño de su cargo, y la segunda la permanencia en el servicio, al vencerse el período. El primero es desarrollo del principio de la independencia del juez y la otra atiende la necesidad de la buena organización administrativa y la protección del trabajo.

Por su parte, el funcionario o empleado público, tiene ciertas obligaciones de permanencia en el servicio, que establece la ley para preservar la continuidad de las labores administrativas.

Prescribe el Art. 281 del C. de R.P. y M., que "ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarle el que haya sido nombrado para el efecto o el suplente respectivo".

En idéntico sentido se pronuncia el decreto 250 de 1970 en su Art. 12:

> "El funcionario judicial o del ministerio público no podrá separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo o sucederlo".

A las prescripciones administrativas, se agregan las penales sobre abandono del cargo (Art. 178 C.P.).

En cuanto a los empleados de la rama jurisdiccional se anota:

La ley no señala período a los cargos subalternos de la rama jurisdiccional. Los empleados que deben desempeñarlos se designan a término indefinido. Los incorpora, sí, al sistema de carrera judicial pero dejando parte de ellos para ser provistos libremente (decreto 250 de 1970, Art. 71). Según este estatuto, aún en los cargos de carrera, la vinculación al servicio no coincide con el ingreso a la carrera. Se puede pertenecer al servicio sin pertenecer a la carrera. El ingreso a esta, requiere, entre otros requisitos, el desempeño de un cargo en propiedad, el concurso y el haber ejercido cargos, dentro del respectivo escalafón, por tiempo no menor de tres años.

El decreto 250 de 1971, art. 130, dispone que mientras se organiza la carrera los empleados judiciales serán nombrados y removidos libremente.

Se tiene, en consecuencia, que un empleado judicial puede ser o no de carrera. En el primer caso lo ampara el derecho a la estabilidad y no puede ser removido sino por las causas y mediante los procedimientos que la ley señala.

Si no es de carrera puede ser removido libremente. Pero el período de las corporaciones o funcionarios que hayan hecho la designación no determina ni limita la vigencia del nombramiento.

La designación de funcionarios y de personal subalterno en la rama jurisdiccional es independiente una de otra. Los empleados judiciales lo son de la administración pública y no de los magistrados o de los jueces. Si éstos los designan lo hacen en nombre del Estado. Al terminar el período de la corporación o del funcionario que ha hecho la designación, el nombramiento hecho conserva su plena vigencia. El empleado judicial, de libre remoción, investido regularmente para el desempeño en propiedad de las funciones de un cargo, puede y debe desempeñarlas indefinidamente mientras no se le nombre reemplazo.

La corporación o el funcionario judicial que comienza su período, no está obligado por la ley a nombrar de nuevo el personal subalterno. Puede sí reemplazar al que, por no pertenecer a la carrera, sea de libre remoción, pero es facultad que puede ejercer o no. El personal que continúe en el desempeño de sus funciones no necesita nuevo nombramiento, ni ser ratificado en sus cargos, ni nueva posesión. Es cierto que ha sido práctica en el país que al iniciar su período legal los magistrados y los jueces, designen personal subalterno, y con gran frecuencia, nuevo personal. Pero esta es apenas una mera práctica, más allá de la ley, y en gran parte una mala práctica. A corregirla va el sistema de carrera judicial. Pero mientras esta se organiza y aún para el personal de libre remoción, el principio debe ser el de la estabilidad del servidor público que cumpla con eficiencia, lealtad y honestidad los deberes de su empleo. Así se atiende al mejor interés de la administración de justicia y a la garantía de trabajo para quienes son indispensables colaboradores de aquélla.

En los anteriores términos se responde a la consulta formulada.

Transcríbase al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Alejandro Domínguez Molina *Mario Latorre Rueda*
Luis Carlos Sáchica *Alberto Hernández Mora*

Edné Cohén Daza
Secretaria

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO:

Decretos del Gobierno

DECRETOS EJECUTIVOS

ASCENSO Y RETIRO DE OFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL. Según el artículo 26 del decreto 465 de 1961 "para ascender al grado de Brigadier General, el Presidente de la República escogerá libremente entre los Coroneles que hayan cumplido el tiempo de servicio fijado en el artículo 14 de este decreto". El Presidente puede así mismo llamar a calificar servicios por su propia voluntad a los Oficiales con más de 15 años de servicio en la Policía Nacional.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., julio doce de mil novecientos setenta y uno. *Consejero Ponente:* **Dr. Nemesio Camacho R.**

Ref.: Radic. No. 1995. Decretos del Gobierno Apelación de la sentencia de 28 de enero de 1970, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: MANUEL MENDOZA ESCOBAR.

Por apelación impetrada por el apoderado de Manuel Mendoza Escobar ha llegado al Consejo la sentencia proferida el 28 de enero de 1970, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda interpuesta ante dicha entidad.

El actor solicita la declaratoria de nulidad del decreto ejecutivo No. 810 de 1969, por el cual se le retira del servicio activo; del oficio No. 1318/A/P.N.D.G.109, de 21 de mayo de 1968 originario de la Dirección General de la Policía; del acta de la Junta Asesora de la Policía Nacional, en cuanto recomendó el retiro del servicio activo del demandante, y que como consecuencia de la referida nulidad se ordene la reincorporación al servicio activo con el grado de Brigadier General de la Policía Nacional desde junio de 1968, o subsidiariamente, que se le reincorpore en el grado de coronel como candidato preferente al ascenso inmediato; se ordene a la Dirección de la Policía Nacional que se abstenga de proponer ascenso a Brigadier General respecto de personas diferentes del demandante; y se paguen a éste los sueldos y haberes durante el tiempo que haya permanecido retirado del servicio.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

En el año de 1949 ingresó el actor a la Policía Nacional y su conducta en la Institución ha sido óptima. Alcanzó a sobrepasar casi en un año el tiempo mínimo en el grado de Coronel, o sea los cuatro años que exige el estatuto de la carrera de oficiales de la Policía Nacional. Se encuentra calificado y clasificado en la lista No. 2 de ascenso, o sea en la mejor de las puntuaciones para ser llamado a ocupar la vacante que existe de Brigadier General. Asimismo cumplió con todos los trámites del reglamento de calificación y clasificación para el personal de las Fuerzas Militares, aplicable a la Policía. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa propuso su nombre para el ascenso, lo cual indujo al Ministro a llevar al Presidente de la República el proyecto de creación de dos plazas en el grado de Brigadier General de la Policía. Mientras lo anterior se resolvía, le decretaron al demandante sus vacaciones y al regreso de éstas, se le advirtió que debía presentar su renuncia, dándosele posteriormente el pretexto de que ello obedecía a no ser Oficial de Escuela. El demandante prometió al Ministro presentar su solicitud de retiro, pero al observar que no era valedera la razón dada por la Policía, presentó a la Dirección de ésta la documentación que lo acreditaba como Oficial de Escuela. El Director de la Policía respondió que no había motivo para separarlo de la Institución, no obstante lo cual, con fecha 21 de mayo de 1968, se le sorprendió con el oficio acusado, en el que se le manifiesta que la Junta Asesora recomendó su retiro con fecha 16 de mayo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el aparte 2o. literal a) del artículo 34 del Decreto 465 Posteriormente fue expedido el decreto que se acusa. El Ministerio de Defensa se hizo presente en el juicio y solicitó que no se accediera a las súplicas de la demanda.

Tramitado el juicio en legal forma, ante el Consejo de Estado, la Fiscalía 4a. de la Corporación en su concepto de fondo solicita que se confirme en todas sus partes la sentencia apelada.

Corresponde pues ahora, a la Sala, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado proferir su sentencia a lo cual procede, teniendo en cuenta las siguientes *CONSIDERACIONES:*

El decreto acusado dice así:

"EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en uso de sus facultades legales, DECRETA:

Artículo 1o.. . .

Artículo 2o.. . . Retirar del Servicio Activo de la Policía Nacional, en forma temporal y por voluntad del Gobierno, al señor Coronel en el Ramo de la Vigilancia MENDOZA ESCOBAR JOSE MANUEL, con fecha 16 de mayo de 1968, de conformidad con lo establecido en el artículo 34, literal a), numeral 2o. y artículo 35 del Decreto No. 0465 de 1961, reorgánico de la Carrera de Oficiales de la Policía Nacional. . . "

El artículo 34, literal a) numeral 2o. y el artículo 35 del Decreto número 465 de 1961, en que se fundamenta el acto acusado, dicen:

"ARTICULO 34. El retiro del servicio para los oficiales de la Policía Nacional se clasificó según su forma y causales como se indica a continuación:

a) Retiro Temporal.

1. A solicitud propia.

2. Por voluntad del Gobierno.

3. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

4. Por incapacidad relativa y permanente.

"b) Retiro absoluto.

1. Por incapacidad absoluta y permanente.

2. Por invalidez.

3. Por mala conducta comprobada.

4. Por incapacidad técnica.

"ARTICULO 35. Los Oficiales de la policía nacional sólo podrán ser llamados a

calificar servicios por voluntad del Gobierno, después de cumplir quince años (15) o más de servicio en la Institución".

Como lo anota la Fiscalía el demandante había cumplido los requisitos de tiempo, edad, formación, cultura, etc. que exigen para poder ascender al grado de Brigadier General, sin embargo, todas estas calidades o condiciones nada significan mientras el señor Presidente no decretara el ascenso de acuerdo con las normas legales que así lo disponen. Tal facultad la tiene dicho mandatario por virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 465 de 1961 que dice:

"ARTICULO 25. Para ascender al grado de Brigadier General, el Presidente de la República escogerá libremente entre los Coroneles que hayan cumplido el tiempo de servicio fijado en el artículo 14 de este Decreto".

De donde se desprende que el Presidente en estos casos puede "escoger libremente" entre los Coroneles. Esto es, que él puede con absoluta libertad determinar quién o quienes podrán ser ascendidos, como igualmente puede llamar a calificar servicio por su propia voluntad a los oficiales con más de quince años de servicio en la Policía Nacional y el actor según consta en el expediente 57144 contentivo de la hoja de Vida del Coronel José Manuel Mendoza Escobar, sobrepasaba los 25 años de servicio. Ese fue el argumento que tuvo el Tribunal en su fallo recurrido considerando que el Presidente obró en uso de un poder discrecional que las normas le otorgan.

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 omitido por la Fiscalía 4a. de la Corporación.

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de enero de 1970.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Tafur Herrán *Nemesio Camacho Rodríguez*
Eduardo Aguilar Vélez *Alvaro Orejuela Gómez*

Susana M. de Echeverri
Secretaria

9 339/AN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. *En Empresas industriales comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Clasificación.* **Declárase la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto número 1848 del 4 de noviembre de 1969:**

a) Inciso 2o. del artículo 2o.

b) Literal b) del artículo 3o., en su parte final que dice: "Con excepción del personal directivo y de confianza que trabaja al servicio de dichas Entidades".

c) Artículo 4o., en su integridad.

d) Artículo 5o., en cuanto incluye a las "Sociedades de Economía Mixta" entre los establecimientos públicos que deben hacer la clasificación correspondiente entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Consejero Ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez.**

Bogotá, D.E., julio dieciséis de mil novecientos setenta y uno.

Ref.: Juicio No. 2025.
Demandante: Ignacio Reyes Posada. Decretos del Gobierno.

Actuando en su propio y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el doctor IGNACIO REYES POSADA, instauró demanda de nulidad contra las siguientes disposiciones del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, a saber: inciso 2o. del artículo 2o., literal b) del artículo 3o, en cuanto excepción al personal de dirección y de confianza que presta sus servicios en dichas Entidades, artículo 4o; y artículo 5o en cuanto incluye a las Sociedades de Economía Mixta entre los establecimientos públicos que están obligados a hacer la clasificación del personal.

En un extenso estudio explica el demandante la causa y el concepto de la violación, y pide la Suspensión Provisional de dichas disposiciones.

Surtido el trámite de rigor la Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptuó favorablemente a las súplicas del libelo.

No observándose nulidad alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir en el fondo el presente juicio, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

En el auto de fecha 1o. de julio de 1970 en el que se admite la demanda y se accede, igualmente, a la suspensión provisional de algunas de las normas acusadas, se hizo un pormenorizado análisis que es ahora válido para proceder a decretar la nulidad de tales preceptos, por lo cual basta su transcripción.

Dice así la referida providencia:

> "La parte demandante acusa, en primer término, el inciso segundo(2o.) del artículo 2o. del Decreto 1848 de 1969. Tal inciso dice que "son también empleados públicos las personas que laboran al servicio de las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, en actividades de dirección y de confianza". El actor estima que esa disposición está en pugna con el inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, el cual establece que "las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales", pero que "los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".
>
> "Observa el demandante que el Decreto Reglamentario consagra de manera im-

perativa que toda persona que desempeñe un cargo de dirección o de confianza en empresas industriales y comerciales del Estado y en sociedades de economía mixta tiene la calidad de empleado público, mientras que la norma superior establece que todas las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, "y se confía a las Juntas Directivas al elaborar los estatutos de dichas empresas el precisar qué actividades de dirección o confianza y no todas las actividades de esta naturaleza, deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". "Es decir, –agrega el libelo–, la Ley se desprendió de la facultad de calificar estos cargos de excepción y confió tal labor a las Juntas Directivas de los respectivos establecimientos para que fueran dichos organismos, al promulgar sus estatutos, quienes definieran cuáles cargos, por las condiciones especiales y las funciones específicas que cumplen en cada entidad, deben tener la calidad de empleados públicos. El Decreto Reglamentario, en consecuencia, al asumir la función que la Ley otorgó a las Juntas Directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado extralimitó la facultad reglamentaria, entrando a legislar en materia ya regulada en forma diferente por la norma sustantiva".

"Esta Sala Unitaria está de acuerdo con los anteriores conceptos, ya que, evidentemente, la norma superior establece que las personas que prestan servicios en las mencionadas empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales. Es esta la regla general, según se desprende del texto del Decreto 3135, artículo 5o., inciso segundo 2o.

"Para determinar cuáles de esos servidores constituyen una excepción, por tener la calidad de empleados públicos, el mismo Decreto establece que los estatutos de aquellas empresas precisarán "qué actividades de dirección o confianza" deberán ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, lo cual da a entender claramente que no todas las actividades de dirección y de confianza implican la calidad de empleado público; sino que sólo algunas de éstas --las más delicadas, las más altas, las más trascendentales– conllevan ese carácter para el servidor oficial. De este modo, según la norma superior, hay empleados de confianza y de dirección que siguen siendo trabajadores oficiales, y, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Reglamentario, todos los que ocupen cargos de esa naturaleza son, en dichas empresas, empleados públicos. Resulta, pues, por este aspecto, ostensible la contradicción entre la norma del Decreto 3135, que tiene fuerza de Ley, y el estatuto que lo reglamenta.

"Además, el citado Decreto 3135 remite a los preceptos estatutarios de las empresas comerciales e industriales del Estado para que en ellos se haga esa distinción, ya que al decir que en los estatutos se precisará qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, deja abierto el campo para que otras personas ejerzan tales funciones con el carácter de trabajadores oficiales. Y el Decreto Reglamentario, al consagrar que todas ellas, (las que desempeñen actividades de dirección y confianza en las aludidas

empresas estatales) tienen el carácter de empleados públicos, excluye esa distinción, puesto que no permite establecer aquella importante diferenciación en los respectivos estatutos. Sin duda, también por este aspecto, el aludido Decreto Reglamentario quebranta lo dispuesto por el Decreto-Ley, de manera flagrante. En consecuencia, debe prosperar el cargo formulado contra el inciso segundo 2o. del artículo 2o. del Decreto 1848 de 1969, ya que su ilegalidad se pone claramente de manifiesto al compararlo con el texto del Decreto reglamentario, siendo, por tanto, procedente, la suspensión provisional solicitada.

"Sostiene la parte actora que la extralimitación de la facultad reglamentaria, sobre la misma cuestión, es aún más patente en lo que se refiere a las sociedades de economía mixta. Estas desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado y sólo aquellas en que el Estado posea el 90o/o o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales, según la excepción que consagra el artículo 3o del Decreto 3130 de 1968. Pero el inciso 2o del artículo 2o del Decreto 1848 catalogó como empleados públicos a las personas que laboran al servicio de las empresas industriales y comerciales del Estado, en actividades de dirección y de confianza, y al extender esa calificación a las personas que ocupen puestos de tal naturaleza en todos las sociedades de economía mixta, sea cual fuere el porcentaje del capital social que en ellas posea el Estado, violó el régimen de derecho privado por el cual se gobierna este tipo de Entidades.

"Por las mismas razones, el demandante impugna el literal b) del artículo 3o del referido Decreto, en cuanto define como empleados oficiales los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta "con excepción del personal directivo y de confianza que trabaje al servicio de dichas Entidades".

También esta acusación resulta válida, ya que el citado literal b) del artículo 3o, al establecer la excepción comentada, define como empleados públicos a los servidores de las sociedades de economía mixta del personal directivo o de confianza, en pugna con lo dispuesto por el artículo 8o. del Decreto-Ley 1050 de 1968 y el artículo 3o. del Decreto 3130 del mismo año, pues tal calidad de empleado público sólo puede tenerla el servidor de una empresa de economía mixta en que al Gobierno posea el 90o/o o más del capital social. Al hacer extensivo ese carácter a empleados que tengan cargos de dirección o de confianza, sin tener en cuenta el mencionado porcentaje, el Decreto Reglamentario violó normas superiores de derecho, y como la pugna entre una disposición, la reglamentaria, y las otras, o sea las que tienen fuerza de Ley, se deduce de la simple confrontación de los textos mencionados, debe prosperar la medida provisoria impetrada.

"Además, es cierto, como observa la parte demandante, que el Decreto 3135 de 1968 no establece que las sociedades de economía mixta precisarán en sus estatutos qué actividades de dirección o de confianza deban ser desempeñadas por personas

que tengan la calidad de empleados públicos; y ello es apenas natural y lógico, pues aquel estatuto prescribe que tal clase de sociedades (las de economía mixta) se gobiernan por las reglas de derecho privado, y que sólo en aquellas que el Estado tenga el 90o/o o más del capital social, deben aplicarse las normas que corresponden a las empresas industriales y comerciales del Estado. Como lo anota el demandante en las sociedades de economía mixta en que el Estado tiene un capital o interés social inferior al 90o/o ninguno de sus servidores puede catalogarse como empleado público. De consiguiente, debe prosperar, asimismo, el cargo formulado contra el artículo 5o. del Decreto 1848, en cuanto ordena que las empresas de economía mixta, sin excepción, hagan la calificación correspondiente entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Al disponer tal cosa, el Decreto Reglamentario violó los preceptos del estatuto reglamentado. Su quebrantamiento surge, prima facie, al comparar los dos textos en cuestión".

Resta, pues, tan sólo, examinar si la acusación presentada por el Doctor Reyes Posada respecto del artículo 4o. del Decreto 1848 de 1969 es o no violatorio de normas superiores, o si al expedirlo el Gobierno excedió la facultad reglamentaria.

Reza el artículo 4o:

"Personal directivo y de confianza. Definición"

"Por personal directivo y de confianza se entiende el que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyendo a aquel en sus facultades directivas, de mando y de organización".

Al respecto el libelista afirma:

"Es labor de la jurisprudencia, que la ha cumplido en forma abundante, tanto en la rama jurisdiccional laboral como en la contenciosa administrativa, definir e interpretar lo que debe entenderse por personal directivo o de confianza. El Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que dentro de la potestad reglamentaria no cabe la interpretación de las leyes. Así se dice expresamente en la sentencia de 22 de agosto de 1944 que a la letra dice:

"Dentro de la potestad reglamentaria no cabe la interpretación de las leyes.

"Saber si para obtener la cesantía debe computarse el tiempo anterior a la vigencia de la ley o no, es cuestión de interpretación, que solo corresponde, por vía general, al legislador, o al juez, cuando se trata de un caso particular de aplicación de la norma, más no al Gobierno".

"El Artículo 4o. citado no es otra cosa que una interpretación de la Ley, labor que ya ha cumplido en forma abundante, repito, la jurisdicción en

casos particulares en forma clara y científica, diferenciando, como debe diferenciarse, lo que debe entenderse por personal directivo de lo que constituye el personal de confianza. En la interpretación del Gobierno, dada a través del Artículo 4o. que acuso, se confunden los dos conceptos en forma equivocada, antitécnica, e inclusive extraña a las entidades oficiales, por cuanto decir que se entiende por personal directivo y de confianza "el que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo" es un contrasentido, ya que tal definición podría aceptarse tratándose de un empleador que fuera persona natural, pero en tratándose de personas morales, como son las entidades públicas, ningún empleado *reemplaza* al empleador, que es la entidad misma, representada por su Gerente, Director o Presidente. Nadie puede, pues, reemplazar, al empleador que es una entidad pública, sino representarla, de acuerdo con las normas estatutarias que rijan el organismo. Pero aparte de estas anotaciones que pudieran llamarse de técnica legislativa, la acusación se funda en la extralimitación de la potestad reglamentaria cuando el Gobierno entra, en este Artículo 4o., a interpretar la Ley definiendo lo que debe entenderse por personal directivo y de confianza.

"Considero innecesario a los efectos de esta demanda intentar un análisis, que el Honorable Consejo tiene hecho en forma amplia y clara, sobre las limitaciones de la potestad reglamentaria. Lo que es ostensible en cuanto a las normas acusadas es que el Gobierno, al dictar el Decreto 1848 de 1969, en lo que respecta a los aspectos analizados, no entró a desarrollar la Ley sustantiva para obtener su eficaz cumplimiento y ejecución, sino que legisló en forma positiva desvirtuando la naturaleza de la vinculación jurídica de los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta al definirlos como empleados públicos por el hecho de ejercer cargos de dirección o de confianza, definición que el Decreto Ley que se reglamenta defirió a las Juntas Directivas de tales Entidades públicas.

Aparte de una serie de críticas formuladas por el actor a algunas disposiciones del Decreto impugnado, concretamente respecto del artículo 4o., lo ataca por extralimitación en la facultad reglamentaria.

Evidentemente, ya la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, ha definido las características de los Decretos reglamentarios o principios generales que deben gobernar su expedición. Así, debe entenderse que el poder reglamentario concedido por la Constitución Nacional al Presidente de la República no es ilimitado, pues estará sujeto al contenido mismo de la Ley, sin ampliarla ni tampoco restringirla en sus alcances o disposiciones, respetando, además, el campo reservado exclusivamente al Legislador. De igual modo, debe simplemente desarrollar lo establecido en el texto de la Ley sustantiva para su cumplida ejecución, (ordinal 3o del artículo 120 de la Carta), facilitando su inteligencia y haciendo operante la norma de carácter superior.

En el caso concreto del artículo 4o mencionado, cree la Sala que, en efecto, el ejecutivo excedió su potestad reglamentaria puesto que al definir estrictamente qué debe entenderse por personal directivo y de confianza, limitó el alcance de la Ley, ya que dentro de su consagración no pueden quedar incluídos determinados servidores del Estado que por el ejercicio de sus funciones deben catalogarse solamente como personal de dirección o viceversa, siéndolo de confianza; tal el caso del personal de manejo como le sucedería a un Cajero, por ejemplo, en cualquiera de las Entidades estatales, pues según lo dispuesto por el artículo citado no podría calificársele dentro del personal de confianza, por cuanto no reemplaza al empleador en sus facultades directivas, de mando u organización.

De otra parte, la Sala encuentra perfectamente ajustados a derecho los planteamientos que sobre este punto hace la Fiscalía Cuarta en su concepto de fondo, y por ello los reproduce, en apoyo a lo que antes se deja expuesto.

DICE ASI:

"Se observa en el caso de estudio que el Gobierno al definir en el Artículo 4o lo que debe entenderse por personal directivo y de confianza, lo hizo en forma equivocada y antitécnica -para emplear las frases del demandante- pues en una definición tan corta no podrían quedar incluídas, todas las personas que prestan servicios en labores que se consideran de "confianza". Por lo demás no pueden equipararse los dos términos porque un servidor puede tener funciones de dirección y confianza a la vez y otros sólamente de confianza, como lo ha dicho la doctrina en forma reiterada. No está de acuerdo la Fiscalía con el Dr. REYES POSADA, cuando dice que entratándose de personas morales, como son las entidades públicas, ningún empleado reemplaza al empleador, que es la entidad misma representada por su Gerente, Director o Presidente. Y está en discrepancia con él porque, en primer lugar, para solución del caso sometido a la consideración del Consejo de Estado, éste último argumento no es propiamente el más adecuado. Por lo demas, en tratándose de entes morales, estos tienen sus representantes que pueden serlo un Gerente, Director o Presidente y a éstos sí los puede reemplazar la persona que esté facultada por el correspondiente estatuto o reglamento. Tampoco acepta la Fiscalía la tesis extrema de que el estatuto reglamentario no pueda interpretar la ley, en algunos casos, porque tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, y éste en los últimos años se han pronunciado en forma repetida en el siguiente sentido:

'1. LA INTERPRETACION DE LA LEY. De acuerdo con los preceptos 25 y 26 del Código Civil, sólo al legislador corresponde fijar, con autoridad y de manera general, el sentido de una ley oscura,, y a los jueces y funcionarios públicos toca señalar, por vía de doctrina, el entendimiento de las disposiciones cuando han de aplicarlas en los casos concretos y en los negocios

administrativos. La interpretación de la primera clase se hace únicamente por medio de una nueva ley que aclare el contenido de la anterior y que se entiende incorporada a ésta última (artículos 14 del C.C. y 58 del C. de R.P. y M.), y la de la segunda se hace en las decisiones jurisdiccionales y administrativas. Aquélla tiene un sentido general y objetivo, y es obligatoria; ésta tiene carácter particular y subjetivo, y no es impositiva.

"Pero entre esos dos sistemas de interpretación existe uno intermedio: el de los reglamentos expedidos por el órgano ejecutivo (artículos 120, numeral 3o., de la C.N. y 12 de la Ley 153 de 1887). Estos se caracterizan por su generalidad, y son obligatorios cuando se ajustan al estatuto fundamental y a la ley. Se expiden siempre que el mandato superior requiera en alguna forma un desarrollo para efectos de su adecuada aplicación.

¿Por medio de esta clase de actos el gobierno puede interpretar el mandato legal que desarrolla? Claro que sí. No sólo puede, sino que está obligado a hacerlo. Si la misión esencial del órgano administrativo es la de ejecutar la ley, si para realizar esa función necesita entenderla y valorarla en todos sus detalles y en su contenido total, y si la reglamentación es el primer paso que se da en el camino de su aplicación, forzosamente tendrá que interpretarla para efectos de desenvolverla en el correspondiente decreto. La tesis contraria carecería de sentido, ya que no se puede reglamentar lo que no se entiende o no se ha apreciado en todos sus alcances.

'Ciertamente que la interpretación que se hace en el reglamento no tiene el grado de autenticidad y obligatoriedad que aquella otra que se formula, con plena autoridad, por el legislador, pero también es evidente que mientras no sea contraria a un mandato constitucional o legal, la interpretación del reglamento es imperativa al tenor de lo ordenado por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. La relación jurídica entre la Ley y el reglamento es similar a la que existe entre la Constitución y la ley. El Congreso interpreta el estatuto fundamental y lo desarrolla, y aquella interpretación y este desarrollo son obligatorios mientras no sean incompatibles con los ordenamientos de la carta, de idéntica manera, el órgano administrativo valora la ley en todo su contenido y la desenvuelve en el reglamento, y aquella valoración y este entendimiento tienen fuerza normativa mientras se ajusten a la Constitución y a la ley.

'Por las razones expuestas, la Sala considera que el gobierno sí interpreta la ley por vía general y abstracta, y que ese entendimiento, en cuanto se consigna en el decreto reglamentario, es imperativo mientras no sea contrario a las disposiciones superiores de derecho. El artículo 25 del C.C. no desvirtúa tales apreciaciones en razón de que regula un fenómeno jurídico distinto del de los reglamentos. Por consiguiente, carece de incidencia en la controversia planteada'.

"Despréndese de lo anterior, que el Gobierno sí puede interpretar la ley, pero por vía general y abstracta. Entonces como en el caso de estudio en el Artículo

4o. del Decreto 1848 de 1969 se refirió a un caso concreto, sin sujetarse a los límites fijados en el mismo estatuto que reglamenta, resulta obligado concluir que la norma en examen rebasó la potestad reglamentaria. Y es que olvidó el ejecutivo que en la función reglamentaria debe existir un proceso previo "de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines e investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella". En el caso de estudio bien se vé que la definición dada por el Gobierno en el Artículo 4o sobre personal directivo y de confianza no podía emerger explícita ni implícitamente del estatuto reglamentado, tanto más si se tiene en cuenta que en este último se habla de empleados públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos y de los que prestan servicios en empresas industriales o comerciales del Estado "y sociedades de economía mixta en actividades de dirección y de confianza". Esa interpretación correspondía hacerla a la doctrina.

"Finalmente, el ejecutivo no podía sin faltar a la equidad por medio de una definición tan concisa como la contenida en el numeral 4o enjuiciado, determinar lo que debe entenderse por personal directivo y de confianza, pues no podía apoyarse, para hacerlo, en ninguna base porque el estatuto reglamentado no se la suministró en este caso concreto. Olvidó también, el ejecutivo, que el reglamento cabe donde haya "necesidad" de él para la "cumplida ejecución de las leyes". En una palabra, en el caso de estudio, el gobierno introdujo una norma que no se desprende natural y lógicamente de las disposiciones reglamentadas. Siendo ello así, hubo extralimitación de funciones, vale decir no era necesario la expedición del Artículo 4o. enjuiciado, porque al Decreto Reglamentario que lo contiene no le corresponde finalidad distinta que la de hacer operante y efectiva la ejecución de la ley reglamentada. En consecuencia, no podía salirse del marco mismo que ésta le señalaba".

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

Declárase la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto número 1848 del 4 de noviembre de 1969:

a) Inciso 2o. del artículo 2o.

b) Literal b) del artículo 3o., en su parte final que dice: "Con excepción del personal directivo y de confianza que trabaja al servicio de dichas Entidades".

c) Artículo 4o., en su integridad.

d) Artículo 5o., en cuanto incluye a las "Sociedades de Economía Mixta" entre los establecimientos públicos que deben hacer la clasificación correspondiente entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el dieciséis (16) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971).

Rafael Tafur Herrán *Alvaro Orejuela Gómez*
Nemesio Camacho Rodríguez *Eduardo Aguilar Vélez*

Susana M. de Echeverri
Secretaria

A 334/AN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CONTRATOS DE LOS TRABAJADORES OFICIALES. *Determinación de la Legislación por la cual deben regirse.* **Es nulo el artículo 6o. del Decreto 1848 de 4 de Noviembre de 1969 en cuanto ordena que el contrato con los trabajadores Oficiales "Se regirá por las normas legales que regulan la materia en el C.S.T. y demás disposiciones que lo adicionan y reforman.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Consejero Ponente: **Dr. Rafael Tafur Herrán.**

Bogotá, D.E., julio veintisiete de mil novecientos setenta y uno.

El doctor ARMANDO ESCOBAR MUÑOZ en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del C.C.A. ha demandado de esta Corporación la declaratoria de nulidad "del Decreto 1848 de 1969 en los artículos y apartes" que más adelante se verán, en cuanto como Decreto reglamentario que es, "excede en muchos apartes lo dispuesto por el decreto 3135 de 1968" materia de la reglamentación.

El juicio ha recibido la tramitación que le correspondia. Fue oído el concepto fiscal y de las apreciaciones de la distinguida colaboradora se irá

haciendo mérito en el examen de cada uno de los cargos formulados contra el acto acusado.

Primer cargo. Se acusa el artículo 6o. del Decreto 1848 de 1969 en un doble concepto:

1. En cuanto ordena que el contrato de los trabajadores oficiales con la entidad respectiva "se regirá por las normas legales que regulan la materia en el C.S.T. y demás disposiciones que lo adicionan y reforman" y

2. En cuanto según este artículo 6o. ordinal 4o., "en casos especiales el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social elaborará el modelo respectivo" de contrato a petición de las entidades correspondientes.

En cuanto al punto 1) sostiene el demandante, que el Decreto reglamentado número 3135 en ninguno de sus artículos estableció que el contrato se rigiera por el C.S.T. "mas aun agrega previniendo la disposición original la inexistencia de normas especiales que rigieran el mencionado contrato, expresó en el artículo 7o. que el Ministerio del Trabajo elaborará modelos de contrato de trabajo para los diversos servicios. Si el contrato no se consigna por escrito, se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente". Y termina insistiendo sobre la inconveniencia de que el contrato se rija por el C.S.T. puesto que "implicaría grandes erogaciones, la inclusión por ejemplo, de las indemnizaciones por despido previstas en el Decreto 2351 de 1965" a tiempo que hasta ahora se vienen pagando en cuantía mucho menor.

Sobre el segundo punto encuentra que el artículo 6o. en su numeral 4o., al disponer solamente para casos excepcionales la elaboración del modelo de contrato por el Ministerio del Trabajo contraría el artículo 7o. ya transcrito del Decreto 3135 en cuanto dice que "si el contrato de trabajo no se consigna por escrito se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente". Lo que para el demandante significa que en el Ministerio debe reposar la guía para todos esos contratos y no que solo en casos excepcionales el Ministerio elabore dichos documentos.

La Fiscalía encuentra fundados ambos cargos, haciendo notar por lo que respecta al primero, que la exigencia de que el contrato conste por escrito es desarrollo del propio artículo 7o. del Decreto reglamentado.

LA SALA CONSIDERA:

El artículo 6o. en cuestión previene en su numeral 1o:

"El contrato de los trabajadores oficiales con la entidad, establecimiento o empresa oficial correspondiente, deberá constar por escrito y se regirá por las normas

legales que regulan la materia en el C.S.T. y demás disposiciones que lo adicionan y reforma".

Fijada la atención en esta última parte del precepto y dados la generalidad e imperio de sus términos al ordenar que los contratos se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo no cabe duda de su inexequibilidad puesto que el estatuto reglamentado no contiene ninguna normación al respecto, y de otro lado es un hecho que la labor de determinar la legislación aplicable solo compete al legislador por via general o a los jueces en cada caso particular. Pero no a la Rama Ejecutiva en ningún evento, según las ordenaciones de la Constitución Nacional.

En cambio, no está llamado a prosperar el cargo en su punto 2.

Para la Sala el artículo 7o. del Decreto 3135 contiene la exigencia no por implícita menos clara, de que el contrato con los trabajadores oficiales se haga constar por escrito. Tanto que si no se hace constar en esta forma, se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente.

De suerte que el artículo 6o. acusado, al establecer que el contrato constará por escrito, es lógico desarrollo de aquél.

Dice el mismo artículo 6o. que "en casos excepcionales el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social elaborará el modelo respectivo" (de contrato) Pero también ordena:

"1. Lo que ya se conoce por la transcripción anteriormente hecha: que deberá constar por escrito;

"2. El mencionado contrato se escribirá por triplicado.

"3. Los expresados contratos de trabajo serán redactados por el Departamento Legal de cada una de las entidades a que se refiere este Decreto, con arreglo a las modalidades especiales de cada servicio".

El demandante, como se ha visto encuentra contradicción entre lo que se dispone para casos excepcionales y lo que previene el artículo 7o. del Decreto reglamentado, en cuanto ordena que "si el contrato de trabajo no se consigna por escrito, se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente". Esto, en su concepto indica que es al Ministerio del Trabajo a quien compete dar la pauta o guía para elaborar los contratos de trabajo en todos los casos y no "en casos excepcionales. . . y a petición de esas entidades. . . "

No lo estima así la Sala:

A su modo de ver y sobre la base de que el contrato constara siempre por escrito, el Decreto reglamentario no ha venido a restringir el alcance del artículo 7o. reglamentado. Este en manera alguna ha ordenado que únicamente según modelos elaborados por el Ministerio del Trabajo han de celebrarse los contratos con los trabajadores oficiales. De ordinario redactarán esos contratos las entidades respectivas por medio de sus Departamentos Legales. Es función que tienen estos departamentos de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1050 de 1968. Si no ocurre así, entrarán a operar los modelos generales elaborados por el Ministerio. Y aun, si "cualquiera de esas entidades lo pide, en casos excepcionales el Ministerio de Trabajo elaborará el modelo respectivo", esto es, el de contrato determinado de que se trate, para lo cual se le deberán "enviar todos los antecedentes necesarios". Lejos, pues, de excluír los modelos de contratos elaborados por el Ministerio del Ramo para cuando las entidades administrativas correspondientes no hayan contratado por escrito y lejos así mismo de que la referencia a "casos excepcionales" implique la limitación a ellos de la elaboración por el Ministerio del modelo respectivo, lo que el artículo 6o. contempla en su inciso final es que también el Ministerio deberá elaborar el modelo del contrato cuando en casos excepcionales así se lo soliciten otras dependencias oficiales.

Se desecha el cargo.

Segundo cargo. Es relativo a los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1848 en cuanto además de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos etc. introduce —dice el demandante— "una nueva modalidad de organización dentro del Derecho Administrativo Colombiano que llama Unidades Administrativas Especiales", no contemplada en el Decreto reglamentado; a parte de que la innovación "ofrece el grave peligro de que en cualquier momento el Ejecutivo con el objeto de encuadrar dentro de este tipo de disposiciones cualquier entidad que le convenga, la va a denominar así".

"En ninguna disposición anterior aparece definido este tipo de organismos" —concluye el acusador—.

La Fiscalía comparte este criterio.

Pero la verdad es que este tipo de unidades administrativas sí está expresamente contemplado por el Decreto 1050 de 1968 cuando en uno de los incisos en su artículo 1o. dice:

> "Además, el Gobierno previa autorización legal, podrá organizar unidades administrativas especiales para la más adecuada atención en ciertos programas propios ordinariamente de un Ministerio o Departamento Administrativo, pero que por su

naturaleza o por el origen de los recursos que utilicen, no deben estar sometidos al régimen administrativo ordinario".

El cargo carece, pues, de fundamento porque la reglamentación del Decreto 3135 sobre integración "de la seguridad social entre el sector público y el privado y por el cual se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", necesariamente tenía que definir la calidad de los empleados de dichas Unidades Administrativas Especiales", que el Gobierno pueda organizar con autorización legal.

Tercer cargo. Hace el demandante este planteamiento:

"El artículo 3o. literal a) del Decreto 1848 de 1969, exceptúa (sic) de la denominación de trabajadores oficiales a quienes presten sus servicios en el sostenimiento y construcción de obras públicas, como personal directivo, y de confianza. Claro exceso en la facultad reglamentaria por cuanto el Decreto No. 3135 de 1968, en ninguno de sus apartes hace excepciones para los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras Públicas. Así el artículo 5o. al establecer quiénes son empleados públicos y trabajadores oficiales anota: "Los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales".

Para la Fiscalía, "tiene razón el demandante al formular este cargo, pues en realidad el mencionado artículo 5o., como se desprende de su contenido, no estableció excepción alguna sino que se refirió de manera general a los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas para disponer que son "trabajadores oficiales". En consecuencia debe prosperar la nulidad por este aspecto".

Son trabajadores oficiales dice el artículo 3o. acusado, "a) los que prestan sus servicios en las entidades señaladas en el inciso 1o. de este Decreto, en la construcción y sostenimiento de obras públicas, *con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras*". (Subraya la Sala).

Efectivamente esta excepción no resulta del tenor literal del Decreto Ley reglamentado puesto que éste (Decreto 3135) en su artículo 5o. al definir quiénes son empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales, llama de una manera general "trabajadores oficiales" a los que trabajan en la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Mas sabido es que como el poder reglamentario se ha otorgado al Gobierno "con el objeto de desarrollar las leyes y darles adecuada aplicación" en él va implícita la facultad de interpretar las disposiciones por reglamentar para de esa manera fijar su alcance y el desarrollo que les corresponda, sin olvidar que la legislación es y debe ser un todo armónico.

La excepción de que se trata es relativa a "las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, que por regla general son "empleados públicos".

El mismo artículo 5o. del Decreto reglamentado agrega que son trabajadores oficiales "las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado", pero que "sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de *dirección o confianza* (subraya la Sala) deberán ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Ahora bien: las labores en la construcción y sostenimiento de obras públicas comprenden igualmente actividades de dirección como las confiadas a Ingenieros, y de confianza como son las desempeñadas por almacenistas, pagadores etc. No han de ser, aquéllos y éstos, empleados públicos (prestando sus servicios en las entidades expresadas), a tiempo que sí pueden investir ese carácter las personas que trabajan en las Empresas del Estado si los respectivos estatutos así lo determinan.

La razón en el fondo, está en que por "trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras Públicas" no debe entenderse sino lo que sugiere esta misma expresión: personas que ejecutan las actividades materiales en las obras públicas.

Como sin duda ha sido esta la interpretación acogida por el Gobierno con la excepción consignada en el final del literal a) del artículo 3o., acusado, su anulación no puede decretarse.

Cuarto. Para el demandante no existe ninguna razón para lo que se ha dispuesto en el parágrafo del artículo 10 del Decreto demandado según el cual "si la incapacidad para trabajar no excediera de tres (3) días, conforme al dictamen médico correspondiente, el empleado solicitará el permiso remunerado a que se refiere el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 a tiempo que de otro lado el artículo 18 del propio Decreto 3135 advierte que la licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicios". No tiene ningun aspecto legal —dice— que se ordene a los trabajadores pedir un permiso especial cuando su enfermedad no sobrepase de los tres días.

La Fiscalía considera que el demandante le asiste razón en esta súplica y que ella debe prosperar. Dice que el Decreto 3135 no habló de permiso especial alguno y que de consiguiente el Decreto 1848 "no podía establecer o introducir so pretexto de reglamentación una situación nueva no contemplada en la ley que reglamentó".

No lo estima así la Sala porque si de todos modos de acuerdo con el Decreto 2400 de 1968 que contiene "las normas que regulan la administración del personal civil" es menester obtener el permiso, cuando, medie justa causa, hasta por tres días con goce de sueldo, obviamente no resulta ser una norma nueva, una excesiva exigencia, la de que el trabajador pida un permiso que según la ley debe obtener. Porque deberá obtenerlo, no hay duda, pese a los términos aparentemente facultativos que emplea el artículo 21.

El permiso determina una situación administrativa para el servidor oficial de conformidad con el artículo 18 del mismo Decreto 2.400. Y esta situación es indispensable que se fije.

No es fundado el cargo.

Quinto. El literal c) del artículo 47 —sostiene el demandante— al hablar de la prohibición de compensar las vacaciones ha excedido lo propuesto en el Decreto 3135 que está reglamentando "porque le reconoce al empleado que ha quedado retirado del servicio por causas distintas de mala conducta y cuando le faltaren 15 días o menos para cumplir el año, el derecho a que se le compensan en dinero las correspondientes vacaciones", como si se tratara de un año completo de servicios".

La Fiscalía encuentra que "Es evidente que en el aludido ordinal c) del artículo 47 se contempla una circunstancia a la cual no se refirió la ley reglamentada, pues en esta simplemente se dijo en el último ordinal que cuando un empleado público o trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado. Tal reconocimiento no implica continuidad en el servicio"

Pero ocurre —anota la Sala— que el cargo, para prosperar, no podía limitarse a la simple confrontación literal del acto reglamentado con el reglamentario, en esta parte. Fundándose inequívocamente en el concepto de que solo se adquiere derecho a vacaciones por años cumplidos, ha debido incluír el señalamiento de la norma legal que así lo establece y deducir el concepto de la violación como correspondía.

De consiguiente no prospera el cargo.

Sexto. Este cargo es relativo al artículo 74 del Decreto 1848 y lo desarrolla el demandante en estos términos:

> "En el artículo 74 del Decreto 1848 se establece la pensión— sanción en caso de despido injusto para quienes hayan trabajado mas de 10 años y menos de 15 al

llegar a los 60 años de edad, o más de 15 años al llegar a los 50 años de edad. Ninguna arbitrariedad quedaría si se dijera que los años de servicios se hubieran prestado a una misma Entidad de Derecho Público, pero el absurdo surge cuando se anota que ese tipo de servicios continuos o discontinuos pueda haber sido prestado a una o varias Entidades, establecimientos públicos, empresas del Estado, o sociedades de economía mixta de carácter Nacional. Sin comentar nada sobre los perjuicios que esta disposición va a causar para quienes en adelante busquen empleo en las distintas Entidades de Derecho Público, habiendo trabajado antes en este tipo de organización, pasemos a revisar el Decreto 3135 que es el que se está reglamentando en estos aspectos para concluir que absolutamente en ninguno de sus artículos aparece este tipo de disposición. Tan grave es la violación de la facultad reglamentaria en este caso que debo solicitar la suspensión provisional, en razón de los perjuicios que puede causar la aplicación de la norma".

La Fiscalía acoge el cargo. Pero éste, como puede verse, es mas bien una crítica de la disposición acusada que el desarrollo que ha debido hacerse del concepto de la violación. Que es absurdo que los servicios puedan haberse prestado a una o mas entidades de carácter nacional? ¿Que ello va a causar perjuicio a quienes en adelante busquen empleo? ¿Que este tipo de disposiciones no aparecen en ninguno de los artículos del Decreto reglamentado?

Esto último es cierto. No puede negarse. Pero no lo es menos que normas legales preexistentes contienen previsiones del mismo tenor de las acusadas. En efecto:

El artículo 8o. de la Ley 171 de 1961 establece:

"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa... después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la Empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

"Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad".

"Lo dispuesto en este artículo –agrega la disposición en su parágrafo– se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación".

Y el artículo acusado, por su parte, dice: Que si el empleado oficial vinculado por contrato de trabajo es despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos, en una o varias entidades establecimientos públicos y empresas del estado o sociedades de economía mixta de carácter nacional, "tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido"; que si el despido injusto ocurre después de 15 años de servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los 50 años o desde la fecha del despido si los ha tenido cumplidos y que, cuando el retiro sea voluntario después de 15 años de servicios hay derecho a la pensión al cumplir los 60 años de edad.

No ha establecido pues el decreto acusado normas nuevas en el particular, ni podría decirse que ha excedido el acto reglamentado, siendo de consiguiente infundado el cargo.

Séptimo. Se acusan como incursos también en el cargo de rebasar la facultad reglamentaria los artículos 77 y 84 del Decreto número 1848 sobre incompatibilidad en su orden, del disfrute de la pensión de jubilación y la del retiro por vejez y la percepción de toda asignación proveniente de entidades oficiales.

El artículo 77 dice: "Incompatibilidades con el goce de la pensión. El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos empresas oficiales y sociedades de economía mixta cualesquiera sea la denominación, que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la ley 1a. de 1963".

El artículo 84 en análogos términos consagra la incompatibilidad en tratándose de la pensión de retiro por vejez, con esta sola variante, "Salvo los casos de excepción previstos por las leyes y en particular por el Decreto 1713 de 1960 y la ley 1a. de 1963.

Dice el demandante que "sin necesidad de una investigación detenida se observa que se están modificando disposiciones anteriores que como el artículo 1o. literal c) del Decreto 1713 de 1969 hacen compatibles el sueldo en un cargo público y la pensión de jubilación hasta por $1.200.oo y la Ley 1a. de 1963, artículo 6o. que permite la concurrencia entre sueldo y pensión de jubilación hasta por $1.600.oo. Se hace la salvedad para casos especiales, hace solo referencia a otro asunto, concretamente cuando se trate de trabajo de profesionales, de personas dedicadas a la educación etc. De su parte el Decreto 3135 en nada se refiere a estos asuntos, solamente en el artículo 31

la incompatibilidad entre la pensión de jubilación e invalidez y de retiro de vejez. Igualmente anotamos lo mismo para el artículo 84 que establece la incompatibilidad entre la pensión de vejez y otras asignaciones".

La Fiscalía encuentra infundada la acusación, y en esta apreciación la acompaña la Sala. En efecto:

De la circunstancia de que el Decreto 3135 reglamentado (artículo 31) no consagra sino la incompatibilidad entre las varias pensiones establecidas a favor de los empleados oficiales, no se sigue que el acto reglamentario de que se trata no pudiera reproducir, como lo ha hecho, la prohibición general contenida en otras leyes y que ha demandado del artículo 64 de la Constitución Nacional, según el cual "nadie podrá recibir mas de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinan las leyes".

En nada se ha excedido la facultad reglamentaria, ni se advierte cómo han podido entrañar modificación de disposiciones anteriores los expresados artículos 77 y 84 siendo, como son explícitos en dejar a salvo de la incompatibilidad los casos especiales o de excepción establecidos o previstos en las leyes en general y en algunas (Decreto 1713 de 1960 y Ley 1a. de 1963) en particular.

No se acoge el cargo.

Octavo. Finalmente dice el demandante: "El artículo 87 al referirse a las cuantías máximas y mínimas de las mesadas pensionales establece los topes para las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3135 de 1968; mientras que el artículo 30 del Decreto 3135 de 1968 dice: "el monto de la pensión de jubilación, de invalidez o de retiro por vejez, no podrá ser superior a $10.000.oo, ni inferior a $500.oo. . . " Diferencia substancial existe entre lo que se interpreta como pensión causada y como pensión devengada. Para que la pensión sea causada es *necesario* que el derecho haya sido previamente reconocido y por ello el artículo 30 de la norma reglamentada habla del futuro".

La Fiscalía replica:

"La cuantía mensual de las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3135 de 1968, no puede exceder de la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) mensuales ni ser inferior a la suma de quinientos pesos ($500.oo) mensuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 65 de este Decreto.

"En este caso la norma aludida no debe ser anulada porque no excedió lo previsto en el artículo 30 de la Ley que reglamenta. Se limitó únicamente a explicarla o desarrollarla sin agregar o quitar circunstancia alguna. En consecuencia debe negarse esta súplica".

Conceptos estos que la Sala comparte porque efectivamente del texto del artículo 87 no resulta sino la interpretación obvia —que el propio Consejo de Estado ha venido dándole a la norma— en el sentido de que el máximo de $10.000.oo y el mínimo de $500.oo solamente surten efectos a partir de la vigencia del Decreto 3135 de 1968.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, oido el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

a) Es nulo el artículo 6o. del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969 en cuanto ordena que el contrato con los trabajadores oficiales "se regirá por las normas legales que regulan la materia en el C.S.T. y demás disposiciones que lo adicionan y reforman; y

b) No hay lugar a hacer, y no se hacen, las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Este fallo fué discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 16 de julio de 1971.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Tafur Herrán *Eduardo Aguilar Vélez*
Nemesio Camacho Rodríguez *Alvaro Orejuela Gómez*

Susana M. de Echeverri
Secretaria

A 335) AN

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETOS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL. Los decretos emanados del Presidente de la República pueden dividirse en dos grandes categorías. Por una parte, están los decretos que tienen valor de Ley y cuyo control constitucional corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Ellos están taxativamente enumerados en el artículo 214 de la Constitución Nacional. Por otra parte, están todos los demás decretos, que no tienen valor de ley, sino que la desarrollan y cuyo control corresponde al Consejo de Estado, según el artículo 216 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., agosto diecinueve de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.

Referencia: 1551
Actor: Alfonso Charria Angulo.

El doctor Alfonso Charria Angulo, actuando en su propio nombre, solicita al Consejo de Estado que, previo el trámite del capítulo 15 del C.C.A., se declare lo siguiente;

1. Que es nulo el parágrafo del artículo 6o. del decreto No. 46 de 1965 en la parte que dice: ". . . el cual deberá interponerse dentro de los dos días siguientes a su notificación. El recurso de apelación se concederá en efecto devolutivo, previa consignación del valor de la multa cuando se hubiere impuesto tal sanción".

2. Que es nulo el artículo 11, ibídem, que dice:

> "Las resoluciones de sanción, que se dicten de conformidad con este decreto deberán notificarse personalmente; pero, si dentro de las 24 horas siguientes a la expedición de la providencia, no se hubiere podido hacer la notificación personal, ésta se hará por medio de edicto, que permanecerá fijado en el despacho respectivo durante los días hábiles".

3. Que es nulo el literal a) del artículo 12, ibídem, en la parte que dice: ". . . pero la interposición de este recurso no suspenderá la ejecución de la respectiva providencia".

4. Que es nulo el parágrafo del artículo 12, ibídem, que dice:

> "Para interponer cualquier recurso contra las resoluciones de multa, el interesado deberá consignar previamente el valor de la misma en alguno de los establecimientos señalados por la ley, de acuerdo con el artículo 3o. de la ley 1a. de 1963. Los recursos de apelación sólo se otorgarán en el efecto devolutivo y los de reposición deberán ser decididos en el término de dos días".

El actor considera que las disposiciones transcritas violan el artículo 76, numeral 1o. de la Constitución Nacional y los artículos 10, 11, 14 y 16 del decreto ley 2733 de 1959.

En efecto, el actor considera que el decreto No. 46 de 1965 es un decreto ejecutivo y que, como tal, no puede modificar las leyes vigentes en el momento de su expedición, sin quebrantar el numeral 1o. del artículo 76 de la C.N., que confiere al Congreso dicha facultad. Ahora bien, el decreto extraordinario No. 2733 de 1959, que reglamenta el procedimiento gubernativo, tiene fuerza de ley y, por consiguiente, el decreto 46 de 1965 ha debido acatarlo.

En seguida, el actor pasa a demostrar como las normas acusadas violan los artículos 10, 11, 14 y 16 del decreto extraordinario 2733 de 1959 (folios 3o. a 7o. de la demanda).

Para decidir la Sala considera:

Naturaleza jurídica del decreto No. 46 de 1965.

Los decretos emanados del Presidente de la República pueden dividirse en dos grandes categorías. Por una parte, estan los decretos que tienen valor de ley y cuyo control constitucional corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Ellos están taxativamente enumerados en el artículo 214 de la Constitución Nacional. Por otra parte, están todos los demás decretos, que no tienen valor de ley, sino que la desarrollan y cuyo control corresponde al Consejo de Estado, según el artículo 216 de la Constitución Nacional.

I. Los decretos del primer grupo son los siguientes:

1. *Decretos legislativos.*

Así llamados por el artículo 11 de la ley 153 de 1887. Son los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional. Su fuente es la declaratoria del estado de sitio o de emergencia económica.

2. *Decretos extraordinarios.*

Decretos extraordinarios o decretos leyes son aquellos que dicta el Presidente de la República, en uso de facultades precisas y pro témpore concedidas por el Congreso, de acuerdo con el artículo 76 numeral 12 Constitución Nacional.

3. *Decretos sobre planes y programas* de desarrollo económico y social y de obras públicas que, en ciertas condiciones, puede dictar el Gobierno, con fuerza de ley, según el artículo 80 Constitución Nacional.

4. *Decretos especiales.*

Algunos juristas dan este nombre a los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las autorizaciones contenidas en el artículo 76, numeral 11 Constitución Nacional. Estos decretos se caracterizan por constituír el ejercicio de facultades ordinarias del Presidente de la República, condicionadas a autorización legal, como, por ejemplo, los múltiples casos en que el Gobierno, con base en la ley, interviene en la economía nacional (artículo 32 C.N.).

II. Dentro del segundo grupo de decretos, es decir de aquellos cuyo control corresponde al Consejo de Estado (artículo 216 C.N.), se pueden mencionar los siguientes:

1. *Decretos reglamentarios.*

Son aquellos que dicta el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 120, numeral 3 Constitución Nacional, con el fin de hacer posible la cumplida ejecución de las leyes.

2. *Decretos ejecutivos.*

Son aquellos que dicta el Gobierno para el ejercicio ordinario y normal de sus funciones, como, por ejemplo, los decretos que versan sobre el nombramiento o remoción de los ministros, el nombramiento de los Gobernadores y de otros empleados (artículo 120 numerales 1, 4 y 5 C.N.).

3. *Decretos del artículo 120 numeral 21 C.N.*

Son aquellos que tienden a crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del Ministerio Público, señalar sus funciones y fijar sus emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76.

4. *Decretos del artículo 120 numeral 22 C.N.*

Son aquellos que organizan el crédito público, reconocen y arreglan la deuda nacional, regulan el cambio internacional y el comercio exterior y modifican los aranceles, tarifas y otras disposiciones de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76 C.N.

5. *Reglamentos constitucionales.*

Son aquellos que dicta el Gobierno para ejercer funciones que la Constitución ha puesto directamente en cabeza del Presidente de la República. Entre tales decretos pueden citarse aquellos que se refieren a la reglamentación dirección e inspección de la instrucción pública nacional (artículo 120, numeral 12 C.N.); aquéllos que se refieren a la intervención en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que manejen fondos provenientes del ahorro privado (artículo 120, numeral 14 C.N.); aquéllos que se refieren a la inspección de los demás establecimientos de crédito y sociedades mercantiles (numeral 15, ibídem); aquéllos que se refieren a la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad comun (numeral 19, ibídem), etc.

En el caso sub judice, el decreto 046 de 1965 fué dictado por el Presidente de la República, "en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las autorizaciones que le confiere la ley 7a. de 1943.

Dicha ley, en su artículo 1o., dice que "no podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo". Y, en su artículo 2o., dispone que el Gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta ley, pudiendo fijar los precios máximos y mínimos, las condiciones para las licencias de importación, exportación y venta, las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios.

Es más, el artículo 17 de la ley 155 de 1959 autoriza al ejecutivo para intervenir en la fijación de los precios y para tomar las medidas necesarias para la investigación de los mismos.

Estas autorizaciones legales están comprendidas en las que contempla genéricamente el numeral 11 del artículo 76 de la C.N., cuando versan sobre el ejercicio de funciones dentro de la órbita constitucional por parte del Gobierno y en virtud de facultades expresamente concedidas por la ley.

O dicho en otras palabras, el decreto 46 de 1965, dictado con base en las atribuciones constitucionales del presidente de la República y en las autorizaciones de la ley 7a. de 1943, es un decreto especial de los previstos en el numeral 11 del artículo 76 C.N.

Ahora bien, según el artículo 214 C.N., corresponde a la Corte Suprema de Justicia decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones del ordinal 11 del artículo 76 C.N. Por consiguiente, siendo el decreto 46 de 1965 uno de éstos, el Consejo de Estado habrá de declararse inhibido para fallar de fondo en el negocio de la referencia, por falta de competencia.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 3 de marzo de 1971, declaró exequible el decreto 46 de 14 de enero de 1965 por el cual se dictan disposiciones sobre control de precios, y que es el mismo objeto de este negocio. Como la sentencia de la Corte Suprema tiene efecto erga omnes, no es posible un pronunciamiento de fondo.

Por todo lo dicho, 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:

Se declara inhibido para fallar de fondo en el negocio de la referencia por las razones explicadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández
Alfonso Arango Henao

Lucrecio Jaramillo Vélez
Humberto Mora Osejo

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 336/AN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

QUIMICOS FARMACEUTICOS. *Reglamentación de esta profesión.* **Se declara la nulidad del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la ley 23 de 1962, estatuto orgánico de la profesión de químico farmacéutico, en cuanto expresa: "... se preferirá en primer término...".**

Consejo de Estado

Sala de lo Contecioso Administrativo

Sección Primera

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

Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.

Referencia: 1572
Actor: Jaime Arteaga Carvajal.

El doctor Jaime Arteaga Carvajal, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad del artículo 66 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado se declare la nulidad del artículo 27 del decreto reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la ley 23 de 1962, que es el estatuto orgánico de la profesión de Químico Farmacéutico. La

nulidad del artículo 27 del mencionado decreto solamente se pide en cuanto al texto que dice: ". . . se preferirá, en primer término. . . ".

El artículo 7o. de la ley 23 de 1962 dispuso lo siguiente:

> "Para desempeñar cargos de químico farmacéutico o de farmacéutico en cualquier rama de la Administración pública o entidades en que por algún concepto tenga participación el Estado, se exigirá estar legalmente autorizado para ejercer esta profesión en virtud del título universitario".

Al reglamentar este artículo 7o. de la ley 23 de 1962, el decreto 1950 de 1964 dispuso, en su artículo 27 lo siguiente:

> "Para proveer cargos de químicos farmacéuticos o farmacéuticos en cualquier rama de la Administración pública nacional, departamental o municipal, o en entidades en que por cualquier concepto tenga parte el Estado, *se preferirá, en primer término,* a quien acredite poseer título universitario debidamente legalizado por los Ministerios de Educación Nacional y de Salud Pública".

El demandante considera que la disposición anterior, por exceder el marco de la norma reglamentada viola las siguientes disposiciones de orden superior y por consiguiente debe declararse su nulidad.

Las normas superiores que se consideran violadas son las siguientes:

1. El artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional que dispone que "corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

2. El artículo 12 de la ley 153 de 1887 que dice: "Las órdenes y demas actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable".

3. El artículo 7o. de la ley 23 de 1962, ya citado.

Según el demandante, el concepto de la violación de las normas superiores transcritas está en que el Gobierno Nacional, al reglamentar la ley 23 de 1962, excedió la potestad reglamentaria y dictó disposiciones nuevas.

En efecto, el artículo 7o. de la ley 23 de 1962 exige que la persona que va a desempeñar un cargo de Químico Farmacéutico o de farmacéutico en entidades públicas debe tener un título universitario. Este no obstante, el artículo 27 del decreto acusado reduce esta obligación perentoria para las entidades públicas a una

mera preferencia para quien posea el título universitario, cambiando así el sentido de la disposición legal.

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su vista de fondo. considera que el decreto acusado no procura la simple aplicación de la ley, sino que va más allá de lo dispuesto en ésta y que, por consiguiente, debe accederse a la nulidad demandada.

Para decidir la Sala considera:

De la mera comparación de las dos normas transcritas, surge lo siguiente:

a) El artículo 7o. de la Ley 23 impone a la Administración Pública una obligación perentoria, cuando le ordena que, en la designación de su personal, exigirá al candidato estar legalmente autorizado para ejercer la profesión de químico farmacéutico en virtud de título universitario. Esto significa que la Administración no puede válidamente nombrar a una persona que no tenga un título universitario de farmacéuta reconocido por el Gobierno Nacional.

b) En cambio, el artículo 27 del decreto 1950 sólo exige que la Administración, al verificar un nombramiento, prefiera a la persona portadora de un título universitario de químico farmacéutico. Lo cual significa que también podría, llegado el caso, nombrar a una persona que no tenga título universitario en dicha profesión.

Por consiguiente, el decreto reglamentario cambió el imperativo de la ley por una preferencia, y, de esta manera, el artículo acusado viola claramente las normas superiores alegadas por el demandante y en especial el artículo 7o. de la ley 23 de 1962, que se pretende reglamentar.

Por todo lo dicho la petición del demandante está llamada a prosperar.

Y en consecuencia, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se declara la nulidad del artículo 27 del decreto reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la ley 23 de 1962, estatuto orgánico de la profesión de químico farmacéutico, en cuanto expresa: "...Se preferirá en primer término..."

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández
Alfonso Arango Henao

Lucrecio Jaramillo Vélez
Humberto Mora Osejo

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 337/#N

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. *La base para liquidarlo cuando se trate de mercancías importadas es el precio que estipulen libremente el comprador y el vendedor.* **Es nula la frase que dice textualmente: "el cual no podrá ser inferior al comercial en la fecha de la transacción", que está contenida en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971, quedando el aludido artículo 2o. vigente en lo demás.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., septiembre diez de mil novecientos setenta y uno.

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

En ejercicio de la acción que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el doctor Juan Rafael Bravo Arteaga pide que se declare nulo el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971 en cuanto a la expresión "el cual no podrá ser inferior al comercial en la fecha de la transacción", pues la estima contraria a lo estatuído por los artículos 4o. del Decreto Ley 3288 de 1963 y 13, ordinal H, del Decreto Ley 435 de 1971, que fijan las reglas para la liquidación del impuesto sobre las ventas en general y sobre la de mercancías importadas, respectivamente, por no admitir

como precio básico para fijar el monto del tributo el que hayan acordado los contratantes, como lo prevén tales reglas, sino sólo cuando no sea menor que el comercial de la mercancía de que se trate en la fecha del convenio.

Considera así que el reglamento acusado contiene principios distintos y contrarios a los que figuran en las normas reglamentadas y, por ello, las viola y rebasa además la potestad reglamentaria, es decir, quebranta además el artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución y también el artículo 76, ordinal 13, de la misma porque la ley tributaria, que es el origen de la obligación del contribuyente, debe ser clara y esa virtud la pierde en este caso porque el concepto de "valor comercial" o "precio comercial" es una base incierta que se presta a la arbitrariedad o a la confusión cuando se vaya a liquidar el gravamen.

En auto del 26 de junio pasado, admisorio de la demanda, fue suspendido provisionalmente el pasaje impugnado. Más adelante, el actor insistió en su solicitud de anulación y el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, conceptuó que las súplicas del libelo debían prosperar.

Ahora corresponde a la Sala proferir sentencia y, para ello, hace las consideraciones siguientes:

Dicen así, en lo pertinente, las normas fundamentales a que alude la demanda:

> "I. Decreto Ley 3288 de 1963 –Artículo 4o.– "La base para la liquidacion del impuesto será el total de lo pagado o de lo que debe pagar el comprador; por consiguiente, en dicho total quedan incluídos los gastos de financiación, accesorios, acarreos, empaques, etc".
>
> "II. Decreto Ley 435 de 1971 –Artículo 13– Ordinal H–"H) Se causará impuesto a las ventas por el simple hecho de la importación directa por parte de personas naturales o jurídicas o por entidades de Derecho Público. La liquidación se hará por las autoridades de Aduana, y lo pagará el importador conjuntamente con los derechos arancelarios, sobre la misma base gravable de éstos más tales derechos. En el caso de venta posterior de estos productos, se causará el impuesto sobre el precio convenido por los *contratos,* (sic) deduciendo el impuesto inicialmente pagado en el momento de la importación, en la forma prevista en las disposiciones vigentes:"
>
> "III. Decreto Reglamentario 591 de 1971 –Artículo 2o.– "Cuando se enajenan los artículos importados, el impuesto se causará de acuerdo con lo establecido por el artículo 1o. del Decreto número 1595 de 1966. La base para la liquidación será el precio convenido por los contratantes, el cual no podrá ser inferior al comercial en la fecha de la transacción. En este caso se descontará el impuesto pagado en las

oficinas de aduana del que se liquide con ocasión de la enajenación de los artículos importados, en la forma establecida por el artículo 23 del Decreto número 1881 de 1966".

Con la simple lectura comparativa de los textos transcritos fluye la conclusión de que mientras la ley tiene como base para liquidar el impuesto sobre las ventas cuando se trate de mercancías importadas el precio que con entera libertad estipulen el comprador y el vendedor, la disposición reglamentaria intenta restringir en su amplitud este principio sentado por el legislador al no tener como válido ese precio convencional o real si es menor que el comercial que corresponde al objeto vendido.

Y como la finalidad de todo reglamento es obtener la cumplida ejecución de las leyes, sin que sea dable alterar en modo alguno los propósitos expresos del legislador con el pretexto de hacer más fácil su cumplimiento práctico, se comprende también sin esfuerzo que el pasaje reglamentario acusado incurre en las violaciones de preceptos de rango superior que le imputa la demanda y que, por consiguiente, procede declararlo nulo.

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 nula la frase que dice textualmente "el cual no podrá ser inferior al comercial en la fecha de la transacción", que está contenida en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971 y que fue materia de la presente acción. En lo demás, el aludido artículo 2o. queda vigente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 9 de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

Miguel Lleras Pizarro *Gustavo Salazar T.*

Juan Hernández Sáenz *Hernando Gómez Mejía*

Hernando Franco Rojas
Secretario

DECRETOS DEL GOBIERNO

PENSION DE JUBILACION. *Casos de excepción a la regla general sobre requisitos para tener derecho a ella.* **Declárase la nulidad del artículo 69 del decreto reglamentario 1848 de 1969.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., septiembre veintiuno de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Eduardo Aguilar Vélez.**

El abogado Orlando Lenis Bonilla, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el art. 66 del C.C.A., ha solicitado la nulidad de las siguientes disposiciones del decreto Reglamentario número 1848 de 1969, expedido por el Gobierno Nacional:

a) Artículo 69, en su totalidad;

b) Artículo 70, pero solo en cuanto a la expresión "en servicio activo" que allí se emplea;

c) Artículo 73, pero sólo en cuanto a la expresión "y primas de toda especie" utilizada en esta norma;

d) Artículo 74, pero solo en cuanto a la expresión "de carácter nacional" empleada en este precepto; y

e) Artículo 79, en cuanto dispone que el reajuste pensional allí previsto se hará con base en el promedio de sueldos "y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si éste fuere inferior a un (1) año".

Expresa el actor en su demanda que el decreto 1848 de 1969, en las disposiciones que se acusan, es violatorio del art. 120 de la Constitución Nacional en su numeral 3o., porque el Gobierno excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria al consagrar normas nuevas o extrañas al decreto ley 3135 de 1968 que se pretendía reglamentar.

Para una mejor ordenación del presente fallo, la Sala estudiará cada una de las normas acusadas en forma separada y de conformidad con los planteamientos del demandante.

Primer cargo. Expresa el actor que el artículo 27 del decreto ley 3135 de 1968 dice que el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte años continuos o discontinuos y que llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual y vitalicia de jubilación equivalente al 75o/o del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, agregando en el inciso 2o. de este artículo; "no quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y *que la ley determine expresamente.*

Pero el artículo 69 del decreto reglamentario acusado especifica los casos de excepción a la regla general y comprende en aquella a los operadores de radios, mineros, aviadores, etc. De donde resulta, según la demanda que se ha desbordado la potestad reglamentaria, porque solamente la ley podía señalar los casos de excepción.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, a este respecto se muestra partidaria de la tesis del demandante y dice que la violación resulta de bulto, y por lo tanto la petición debe prosperar.

La Sala observa:

Ciertamente, la norma reglamentada dispone que solo la ley puede señalar los casos de excepción a la regla general sobre requisito para tener derecho a la pensión de jubilación. No puede en forma alguna el decreto reglamentario indicar las excepciones. Estas deben ser señaladas expresamente por el legislador.

En el auto de suspensión provisional se dijo al respecto lo siguiente que se reproduce en este fallo, por considerarse pertinente:

> "El caso es claro para esta Sala: entiende ella que al estatuír el Decreto-Ley que la ley determinará expresamente los casos de excepción teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo, fijó la competencia exclusivamente en el Legislador. No puede por tanto el Gobierno, en un decreto reglamentario, hacer excepciones a la regla general, pues ello constituye una desviación de poder".
>
> "Ahora bien: si se entiende la locución "y que la ley determine expresamente" en el sentido de que habiendo leyes especiales que ya consagran la excepción para esta clase de trabajadores, la regla general no es aplicable a ellas, el Gobierno Nacional no tenía para qué repetirla en el decreto acusado, máxime cuando en éste no hace referencia a las leyes que consagraron las excepciones".

Es entendido que como hay excepciones en normas vigentes que no han sido derogadas, estas excepciones no resultan afectadas por la nulidad que habrá de decretarse de la norma enjuiciada.

Como surge pues clara y ostensible la violación por parte de la norma acusada de disposiciones de orden superior, la Sala habrá de anular aquella.

Segundo Cargo. Dice el demandante que el parágrafo 2o. del artículo 27 del Decreto-Ley 3135 de 1968 ordena que para los empleados y trabajadores que a la fecha del decreto hayan cumplido 18 años continuos o discontinuos de servicios se continuará aplicando la legislación anterior sobre edad de jubilación y que el artículo 70 del decreto impugnado expresa que "los empleados oficiales en *servicio activo* que el día 26 de diciembre de 1968, fecha del decreto legislativo 3135 del mismo año, hubieren cumplido 18 años de servicios, continua o discontinuamente, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicios requeridos y 50 años de edad, cualquiera que sea su sexo", con lo cual se está imponiendo un requisito no previsto en la norma que se reglamenta, cual es el hecho de que el empleado oficial esté en "servicio activo". Con lo anterior se excede igualmente la potestad reglamentaria al fijar en el reglamento requisitos no previstos en la ley.

La Fiscalía Cuarta es de opinión favorable al demandante.

LA SALA CONSIDERA:

Del examen que se hizo en el auto sobre suspensión provisional se concluyó así:

"Está de acuerdo la Sala con el demandante en que el decreto reglamentario creó una condición que no contiene la ley que reglamenta. Esta contempla el caso de los empleados que hayan servido 18 años antes del 26 de diciembre de 1968. En ninguna parte dice que los empleados son los que en esa fecha estén sirviendo. Al fijar una nueva condición al decreto reglamentario con la frase "en servicio activo", deja por fuera a aquellos servidores que tienen 18 años de servicios pero que el 26 de diciembre de 1968 no figuraban en la nómina, desbordando así la potestad reglamentaria incurriendo en desviación de poder. Este cargo, pues, también prosperará.

La Sala, al proferir el presente fallo, ha estudiado nuevamente el punto materia de discusión y del análisis que en seguida se hará llega a la conclusión de que la norma acusada, en la frase "en servicio activo", no viola ninguna norma de orden superior.

En efecto: El decreto 3135 de 1968 en su encabezamiento dice "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los *empleados públicos y trabajadores oficiales* (Subraya la Sala). De tal manera que por empleados públicos y trabajadores oficiales debe entenderse los que actualmente se encuentran vinculados a la administración. Así se desprende del artículo 5o. del mismo estatuto que expresa: "las personas que *prestan* sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. . . "

De tal manera que por empleado público o trabajador oficial se entiende el que *presta* sus servicios, no el que los haya prestado. Quien haya prestado servicios a una entidad oficial no tiene ya el carácter de empleado público o trabajador oficial.

En esta forma: cuando el parágrafo 2o. del art. 27 del decreto 3135 expresó que "para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto, obviamente se está refiriendo a los que en la fecha del decreto eran empleados o trabajadores oficiales, en servicio activo, tal como lo entendió el art. 70 del decreto 1848 de 1969.

Tan cierto es lo anterior que el mismo decreto 3135 del citado año previó la excepción para aquellos trabajadores que no estando vinculados a la administración ya tenían veinte años de servicio.

El cargo pues no habrá de prosperar y se levantará la suspensión decretada sobre este punto.

Tercer cargo. En éste el actor estima que de conformidad con el mismo art. 27 del decreto ley que se reglamenta, la pensión de jubilación es igual al 75o/o del promedio de los salarios devengados en el último año y como la norma reglamentaria, artículo 73 del decreto impugnado, habla del 75o/o de los salarios y "primas de toda especie", al incluir éstas últimas se ha excedido igualmente la potestad reglamentaria. Pues, anota el actor, esta norma agregada ilegalmente significa, ni más ni menos, que en la liquidación de dicha prestación no solo se tendrá en cuenta lo que según las leyes constituye salario, sino también muchos factores que constituyen prestaciones sociales, lo que viene a resultar absurdo jurídico". Se cita al respecto lo que se entiende por salario según la definición que trae el Código Sustantivo del Trabajo.

Se extiende además la demanda en consideraciones sobre la diferencia entre ciertas prestaciones sociales que se denominan primas y lo que constituye salario.

La Fiscalía, en relación con este punto, se encuentra igualmente de acuerdo con el demandante.

LA SALA ESTIMA:

Constituye salario, según la misma definición que invoca el actor, no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como *las primas,* sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades. De tal manera que las primas que se reciben en forma permanente constituyen salario.

En relación con las primas que el actor denomina ocasionales y que se dan por mera liberalidad del patrono, cabe observar que ello no ocurre en las relaciones de trabajo entre la administración y las personas vinculadas a ella, por cuanto no está al arbitrio del Superior conceder al empleado oficial tales prerrogativas como ocurre en el derecho laboral privado. En las relaciones laborales de derecho público, el salario está expresamente señalado por normas generales impersonales y abstractas.

Ahora bien: se cita en la demanda la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo para determinados trabajadores públicos, pero ya la Sala en reciente sentencia anuló el art. 6o. del mismo decreto reglamentario aquí acusado, en la parte que ordenaba aplicar el código sustantivo del trabajo a los trabajadores públicos vinculados por contrato de trabajo.

De tal forma que hay que entender la norma acusada en el sentido de que constituyen salario "primas de toda especie", que impliquen retribución de servicios.

No prospera por lo tanto el cargo.

Cuarto Cargo: La tacha que la demanda presenta en este punto consiste en que el artículo 74 (numeral 1) del decreto 1848 dispuso que el empleado oficial vinculado por un contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de 10 años y menos de 15... en establecimientos públicos... o sociedades de economía mixta *"de carácter nacional"*, tendrán derecho a determinada pensión, cuando el artículo 8o. de la ley 171 de 1961 habla de trabajadores vinculados con la Administración Pública, sin hacer distinción entre las entidades nacionales, departamentales o municipales.

La Fiscalía, en este aspecto, apoya la solicitud de nulidad de la demanda.

LA SALA OBSERVA:

El decreto 3135 de 1968 se dictó con base en las facultades otorgadas al Presidente de la República por la Ley 65 de 1967. El Numeral h) del art. 1o. de dicha ley, expresa:

"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:

...

h) Fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de *empleos nacionales*, así como el régimen de prestaciones sociales".

Como puede observarse el decreto 3135 de 1968 fue dictado para regular el régimen de los empleados públicos nacionales. De tal manera que el decreto reglamentario al hablar de la pensión sanción a favor de los trabajadores vinculados a establecimientos públicos... o sociedades de economía mixta de carácter nacional, no está vulnerando ninguna norma, porque el decreto que reglamentó obviamente tenía que referirse a personas vinculadas a la administración pública nacional y no a las departamentales o municipales, como se pretende en la demanda.

Este cargo no puede, en consecuencia, prosperar.

Quinto Cargo: Este se expone así:

"También se dispuso en la ley 171 de 1961 (artículo 4o) que el pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales "y haya permanecido o permanezca en ellos *por tres (3) años o más,* continuos o discontinuos, le será 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.* Idéntica norma está contenida en el artículo 17 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de aquella ley. Tampoco de esta clase de reajustes se ocupó el decreto 3135 de 1968 y la norma transcrita continúa rigiendo, pues no ha sido derogada ni modificada por ningún medio de los pertinentes.

"No obstante lo anterior, en el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 se dijo: 'El pensionado que sea reintegrado a cualquiera de los empleos mencionados en el parágrafo del artículo 78 de este decreto, tiene derecho a que se le reajuste la pensión de jubilación en la cuantía señalada en el art. 73, a partir de la fecha en que se separe del nuevo empleo desempeñado, mediante reliquidación que se hará con base en el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo si éste fuere inferior a un año".

Estima el actor que la norma del decreto que se acaba de transcribir, tiene dos aspectos: el primero en cuanto incluyó en la liquidación de la jubilación "las primas de toda especie". En este aspecto se remite él a lo dicho en el tercer cargo. Y en el segundo, en cuanto la ley exige la vinculación por tres años a lo menos para tener derecho al reajuste pensional, al paso que la norma enjuiciada solo exige un lapso inferior que bien puede ser de un año o menos.

También aquí la Fiscalía comparte los argumentos de la demanda.

LA SALA EXPRESA:

En relación con la reliquidación teniendo en cuenta las "primas de toda especie", ya se hizo un estudio relacionado con tal locución en el cargo tercero de la demanda y por lo mismo en este aspecto, se remite a lo allí dicho.

En relación con el segundo aspecto la Sala observa:

De conformidad con el artículo 29 del decreto ley 2400 de 1968, "el empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio".

Y agrega la norma:

"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación, no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimiento Público o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios de que trata este artículo".

Como puede verse, la ley prohibe el reintegro al servicio de los empleados administrativos jubilados, con las excepciones anotadas. Quiere ello significar que la ley 171 de 1961 que admitió la posibilidad de reintegro al servicio y en consecuencia la revisión de la pensión cuando el empleado permanezca por más de tres años en la nueva vinculación, se encuentra claramente modificada, en este aspecto, por sustracción de materia.

Sin embargo, como el decreto 2400 de 1968 trae excepciones parece que éstas ya no se rigen por la citada ley 171. Se aplica entonces, para liquidar nuevamente la pensión el art. 27 del decreto 3135 del mismo año de 1968 y en consecuencia al estatuir el art. 79, enjuiciado, que esta reliquidación se hará con base en el promedio de los sueldos y primas devengados en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el empleo, si fuere inferior a un año, no está sobrepasando la potestad reglamentaria.

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

FALLA:

1. Declárase la nulidad del artículo 69 del decreto reglamentario 1848 de 1969;

2. Levántase la suspensión provisional de la expresión "servicio activo" contenida en el art. 70 del mismo decreto;

3. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 10 de septiembre de 1971.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Rafael Tafur Herrán *Eduardo Aguilar Vélez*
Nemesio Camacho Rodríguez *Alvaro Orejuela Gómez*

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 339/AN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

EVENTOS DEPORTIVOS. Exención de impuestos municipales, departamentales y nacionales distintos del de renta y complementarios. Se anula el Decreto 2892 de 28 de noviembre de 1956, emanado de la Presidencia de la República, por el cual se reglamenta el artículo 1o. del decreto legislativo No. 691 de 1950.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

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

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia: 1617
Actor: Alvaro Castellanos.

El doctor Alvaro Castellanos Matallana, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad del artículo 66 del C.C.A., pide al Consejo de Estado que declare nulo el decreto no. 2892 de 28 de noviembre de 1956, del Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta el artículo 1o. del decreto legislativo no. 691 de 1950.

LOS HECHOS:

1. En uso de las facultades del artículo 121 C.N., el Presidente de la República expidió el decreto no. 691 de 27 de febrero de 1950, cuyo artículo 1o. dice:

> "A partir de la fecha del presente Decreto los eventos deportivos, considerados como tales o como espectáculos públicos, que se efectuén en los estadios dentro del territorio de la República, estarán exentos de gravámenes por concepto de impuestos municipales, departamentales y nacionales distintos del de la renta y complementarios".

2. Con fecha 28 de noviembre de 1956, el Gobierno dictó el decreto 2892, por el cual se reglamenta el artículo 1o. del decreto legislativo no. 691 de 1950, el cual, en virtud de la ley 141 de 1961 pasó a ser ley de la República.

El decreto reglamentario dispone lo siguiente:

> "Artículo 1o. Para efecto de las exenciones de impuesto de que tratan la Ley 213 de 1938 y los Decretos ejecutivos nacionales 691 y 1007 de 1950, entiéndese por eventos deportivos las competencias de juego organizadas entre individuos o equipos, de acuerdo con las normas reglamentarias respectivas, con fines educativos o simplemente recreativos por las Asociaciones Colombiana de Ajedrez Atletismo, Automóvil Club, Basket-ball, Billar, Boxeo y Lucha, Ciclismo, Deportes Ecuestres, Futbol, Esgrima, Gimnasia, Golf, Hockey y Patinaje, Levantamiento de Pesas Natación y Water-polo, Tennis, Tennis de Mesa, Tejo, Tiro, Polo y Volibol, o por entidades afiliadas a ellas, o a instituciones deportivas jerárquicamente superiores a éstas".

Disposiciones violadas y concepto de violación.

Según el actor, el decreto reglamentario acusado excede la facultad reglamentaria y, por consiguiente, viola los artículos 76 y 120 numeral 3o. C.N.

Su razonamiento es el siguiente:

El decreto ley 691 de 1950 eximió de impuestos municipales, departamentales y nacionales a todos los eventos deportivos que se efectúen en estadios dentro del territorio nacional, a excepción del futbol y del base-ball amateur

Ahora bien, el decreto 2892 de 1956, so pretexto de reglamentar el artículo 1o. del decreto ley antes citado, lo modificó y reformó, ya que restringió la exención del impuesto "a las competencias organizadas entre individuos o equipos, con fines educativos o recreativos, por ciertas asocia-

ciones colombianas de deportes". Al hacer esta restricción, el Gobierno excedió la facultad reglamentaria que le otorga el artículo 120, numeral 3o. de la Constitución, y, al exceder tal facultad, usurpó funciones que la Constitución atribuye privativamente al Congreso (artículo 76).

El señor Fiscal conceptuó que el decreto acusado excede la facultad reglamentaria, razón por la cual se debe acceder a decretar la nulidad demandada.

Para decidir la Sala considera:

El artículo 1o. del decreto ley 691 exime de ciertos impuestos "a los eventos deportivos considerados como tales o como espectáculos públicos que se efectúen en los estadios dentro del territorio de la República".

El artículo 1o. del decreto reglamentario 2892 restringe el sentido de la ley, al establecer lo que debe entenderse por eventos deportivos y al enumerar las entidades encargadas de dictar las normas reglamentarias relacionadas con tales eventos. Pero, por otra parte, también amplía el sentido de la ley, al incluír en la lista de los deportes que gozan de exención muchos que no pueden efectuarse en estadios como lo manda la ley que se trata de reglamentar (por ejemplo, ajedrez, billar, tennis de mesa, boxeo etc).

Además, el mismo decreto acusado, en sus considerandos, dice que es necesario fijar el significado legal de los términos "eventos deportivos", a fin de que su interpretación tenga el alcance justo que han querido darle las disposiciones citadas. Pero es evidente que un decreto reglamentario no puede interpretar la ley reglamentada porque, como lo afirma el Consejo de Estado "dentro de la potestad reglamentaria no cabe la interpretación de las leyes".

En síntesis, el decreto acusado, además de interpretar la norma jerárquica superior, la restringe y la amplía a la vez, excediendo de este modo la facultad reglamentaria del artículo 120 C.N.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en este punto. En sentencias de 22 de agosto de 1944, y de 16 de junio de 1948, se dijo:

> "La potestad reglamentaria sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las

contenidas en la ley, porque ello no sería reglamentar sino legislar. El decreto reglamentario debe estar contenido, implícitamente, dentro de la ley reglamentada". (Anales Tomo LIII, Nos. 341-346, pág. 66; Tomo LVII, Nos. 363-366, pág. 225).

Por consiguiente, las peticiones de la demanda están llamadas a prosperar y, en consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador fiscal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se declara nulo el decreto 2892 de 28 de noviembre de 1956, emanado de la Presidencia de la República, y por el cual se reglamenta el artículo 1o. del decreto legislativo No. 691 de 1950.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández
Alfonso Arango Henao

Lucrecio Jaramillo Vélez
Humberto Mora Osejo

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 340/BN

DECRETOS DEL GOBIERNO

PODER Y DERECHO DE POLICIA. Principios. Es nulo el Art. 23 del Decreto 843 de 26 de Mayo de 1969, que a la letra dice: "Prohíbese la venta de plaguicidas a base de fluoracetato de sodio".

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y uno.

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

Expediente No. 1557.

En acción pública los doctores Francisco Eladio Gómez G. y Francisco Eladio Gómez Mejía, demandan del Consejo de Estado la nulidad parcial del Decreto 843 de 1969, dictado en uso de las facultades legales y especialmente de las otorgadas al Presidente de la República por el Decreto legislativo 1795 de 1950.

Como antecedentes de la demanda dice el libelo que el Gobierno Nacional, fundándose en facultades constitucionales, en las leyes 74 de 1926 artículo 37 y 203 de 1938, art. 1o. y de manera especial en el Decreto Legislativo

1795 de 1950, dictó el decreto cuyo art. 23 que ahora se acusa que contiene normas sobre la sanidad agropecuaria, decreto que fue publicado en el diario oficial 32813 de 23 de junio de 1969 y cuyo artículo impugnado dice: "Prohíbese' la venta de plaguicidas a base de fluoracetato de sodio". "Al establecer la anterior prohibición –radical medida de policía–, dice textualmente la demanda, el Gobierno Nacional no tuvo en cuenta que con una reglamentación adecuada de tales productos era posible prevenir las perturbaciones del orden público, y en especial, de la salubridad pública. Pues los plaguicidas a base de fluoracetato de sodio no son tan tóxicos ni peligrosos, como para originar una prohibición y una descriminicación de tal clase. Aún más: el empleo de estos plaguicidas ha dado excelentes resultados en beneficio de esa misma salubridad pública, y de la agricultura y economía nacionales".

Los fundamentos de derecho en los cuales se apoya la pretensión de los doctores Gómez, son observados y analizados por ellos en forma espaciosa para concluír que el acto impugnado quebranta los artículos 16, 17, 39, 52 y 120 numerales 3o. y 7o. de la Constitución Nacional, a la vez que infringen el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1795 de 1950.

El señor Fiscal 1o. de esta Corporación, después de aceptar que las pruebas recogidas dentro del juicio demuestran que varios tratados en el hospital Universitario San Vicente de Paul de Medellín, luego de haberse intoxicado con fluoracetato de sodio, recuperaron su estado normal de salud y de aceptar asimismo que el doctor Jaime Posada Valencia, químico toxicólogo, certifica que el fluoracetato de sodio sí tiene antídoto efectivo, afirmación que hace con base en la experiencia recogida en la Policlínica Municipal de Medellín y en otros centros de salud, y que no se ha presentado ningún caso de muerte por intoxicación con esta materia química, después de formulado el tratamiento que indica el doctor Posada Valencia, agrega el Agente del Ministerio Público que la prueba que obra en este proceso es insuficiente, porque "tratándose de cuestiones que requieren conocimientos especializados, ciertamente había que acudir a los que tuvieran tales conocimientos, pero la forma de obtener su colaboración no era la del testimonio sino la del peritazgo, el cual debe practicarse con el lleno de determinados requisitos". Por lo cual este colaborador representante del Ministerio Público, es de parecer que no puede tener prosperidad la petición de los actores.

Para resolver la Sala considera:

Sostienen los demandantes que el decreto 843 de 1969, del cual hace parte el artículo impugnado, no es cosa distinta al ejercicio de una facultad policiva que, de acuerdo con el criterio inspirador de esta clase de actos, debe ser adecuado a las circunstancias para evitar desproporciones entre el remedio pretendido y el daño que este pueda causar, con el fin de evitar

desviaciones que lleguen hasta el quebranto de normas superiores. Por ello, el poder de policía es esencialmente discrecional, y la medida de esa discreción no puede llegar a una prohibición absoluta de hechos o actuaciones que puedan remediarse en forma más benévola como sería una adecuada reglamentación que evitaría problemas posteriores.

Por ello, agregan los demandantes, la prohibición contenida en el artículo acusado, quebranta los artículos 16 y 120, ordinales 3o. y 7o. de la Carta. La radical medida tomada en el artículo impugnado no guarda la "proporcionalidad y adecuación de los medios entre el motivo y el fin" y por lo mismo no es tampoco el medio más benévolo para conservar la salubridad pública. Por no ser tan peligrosa la sustancia fluoracetato de sodio, no se justifica la prohibición de producir plaguicidas con base en ella. Estas razones obligan a los actores a insistir en el quebranto del artículo 16 de la Constitución Nacional y encuentran, además, violaciones a los principios sobre protección al trabajo y a la libertad de empresa, consagrados expresamente en nuestro texto constitucional en los artículos 39, 17 y 32, las cuales no se pueden desatender por normas de inferior jerarquía, puesto que así lo manda el artículo 52 de la misma codificación.

Interpretando el contenido del decreto 843 de 1969 observan los autores de la demanda que se ha hecho una discriminación injusta para los plaguicidas, pues mientras los considerados como altamente peligrosos fueron reglamentados, los elaborados a base de fluoracetato de sodio, merecieron un tratamiento radical con la prohibición del artículo 23 demandado, con lo cual se violó el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Dentro del término legal se trajo a los autos una certificación suscrita por el doctor Jaime Posada Valencia (fl. 17 y 18), Jefe del Laboratorio Criminológico y Toxicológico del Departamento de Criminalogía Municipal de Medellín, donde categóricamente se afirma que "El Fluoracetato de Sodio sí posee antídoto efectivo" y en la cual se lee el tratamiento recomendado para casos de intoxicación con esa sustancia. Allí mismo agrega el Dr. Posada Valencia que "Vale la pena anotar que este producto es considerado como el mejor rodenticida de los conocidos hasta la fecha". Esta certificación fue ratificada y ampliada bajo juramento por el doctor Posada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, por comisión que le impartiera el Consejo de Estado en auto de junio 4 del año en curso, según puede verse a folios 32 a 34 del expediente. La Sala no pone en duda la veracidad de esta prueba que es un documento público expedido por funcionario en ejercicio de sus funciones como Jefe del Laboratorio Criminológico y Toxicológico del departamento de Criminología Municipal de Medellín.

Además de que la certificación del doctor Posada a que se viene aludiendo, las historias clínicas cuyas copias auténticas se trajeron a los autos y la

constancia de que el Dr. Posada fue nombrado, y como tal tomó posesión, para el cargo de Técnico Laboratorista Sección de laboratorio Criminológico Departamento de Estudios y policía judicial Secretaría de Gobierno de Medellín, concuerdan, son convergentes y demuestran plenamente el hecho que para esta Sala es claro y que por lo mismo se acepta como legal y técnicamente demostrado. Por ello, deduce la Sala que la peligrosidad del fluoracetato de sodio no es de naturaleza tan grave que permita presagiar, al menos en todos los casos, la muerte de las personas que lo ingieran voluntaria u ocasionalmente, y por lo mismo no se justica la prohibición del art. 23, sino su reglamentación.

Estas consideraciones obligan a esta Sala a no acordarse con el señor Fiscal cuando consideró en su vista de fondo que la prueba recogida para demostrar que el hecho que acepta la Sala como suficientemente probado, tuvo una probanza deficiente.

De la base que acaba de sentarse se parte para analizar el aspecto jurídico del problema, reconociendo expresamente que asiste razón a los demandantes cuando afirman que la medida tomada por el artículo 23 del decreto impugnado, es una simple restricción de carácter policivo tendiente al restablecimiento de un orden material que se pretendió quebrantado.

Es principio universal del derecho, especialmente del derecho de policía, que las restricciones de las libertades humanas deben aparejar consecuencias iguales para todos los asociados y que las medidas de policía tienden al restablecimiento del orden o a prevenir el rompimiento del mismo. Pero esas medidas policivas jamás podrán desplazar la juricidad ni la legalidad de las situaciones jurídicas que sean normativa de la vida comunal. La libertad puede ser reglamentada dentro de un principio de igualdad, pero ésta no puede ser suprimida, porque ello equivaldría a su propia negación.

Si el Decreto 843 de 1969 dictado por el Presidente de la República en asocio de sus Ministros de Agricultura y de Salud Pública permitió la venta de plaguicidas "clasificados como alta y medianamente tóxicos" de las categorías I y II, con la presentación de fórmula suscrita por un profesional debidamente autorizado para ello, no ve la Sala la razón para que se haya hecho la rotunda prohibición contenida en el artículo 23 de vender plaguicidas a base de fluoracetato de sodio, los cuales se han excluído de la clasificación quizá por exceso de celo, pero sin fundados motivos de orden técnico, pues, para ellos sí existe un antídoto efectivo, según se ha comprobado. Esta discriminación tomada como medida policiva, ha quebrantado los principios de esta clase del derecho y ha violado normas de carácter superior que están consignadas en la Constitución Nacional en los artículos que ha invocado la demanda como infringidos. Con tal medida, se ha roto la proporcionalidad entre el remedio y el mal, de que hablan los tratadistas. Por ello,

la Sala, acogiendo la fórmula de Romagnosi, estima que las medidas de policía deben contener "el mínimo de sacrificio con el máximo de los resultados", lo cual no ha sucedido en el caso de autos.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de su Sección Primaria, previamente oído su colaborador Fiscal, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Es NULO el artículo 23 del Decreto 843 de 26 de mayo de 1969, que a la letra dice: "Prohíbese la venta de plaguicidas a base de fluoracetato de sodio".

Se deja constancia que el proyecto correspondiente se leyó, discutió y aprobó en la sesión del 10 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, Notifíquese y Archívese el Expediente.

Alfonso Arango Henao
Lucrecio Jaramillo Vélez

Jorge Dávila Hernández
Humberto Mora Osejo

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 341-I4/PJ

MINISTERIO DE HACIENDA

RECURSO DE HECHO. *Es procedente en la vía o procedimiento gubernativo.* **Lejos de ser incompatible el recurso de hecho con la naturaleza de los procedimientos administrativos, su ejercicio es, por el contrario, en un momento dado, el instrumento adecuado y necesario para que el procedimiento gubernativo sea realmente una garantía jurídica para los administrados, pues, mediante dicho recurso, se asegura el derecho procesal de apelación consagrado como regla general en la vía o procedimiento gubernativo.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., noviembre ocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia: 1581
Actor: Evaristo Estrada Florez.

El señor Evaristo Estrada Florez, por medio de apoderado, demanda del Consejo de Estado hacer los siguientes pronunciamientos:

1. Que es nulo el auto de 24 de marzo de 1971, dictado por el Ministerio de Hacienda, por medio del cual se niega un recurso de hecho impetrado por

el actor, ante la negativa de la Dirección General de Aduanas de concederle el recurso de apelación ante el Ministerio, contra la resolución No. 1119 de 22 de diciembre de 1970.

2. Que, como consecuencia de la nulidad decretada, se declare que, en los negocios de orden administrativo, tiene cabida el recurso de hecho de que trata el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil y que, por consiguiente, el Ministerio de Hacienda debe decidir, si en el caso sub judice, está bien o mal denegado el recurso de apelación interpuesto.

LOS HECHOS:

El actor basa su demanda en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Por medio de la resolución No. 1119 de 22 de diciembre de 1970, la Dirección General de Aduanas impuso una sanción de suspensión por 30 días, a partir del 1o. de enero de 1971, al señor Evaristo Estrada Florez, quien ejercía el cargo de sub-administrador, en propiedad, de la Aduana de Barranquilla.

2. El contenido de la anterior resolución fue comunicado al señor Estrada Florez por la Dirección General de Aduanas, por medio de un radiograma de fecha 30 de diciembre de 1970.

3. El señor Estrada Florez confirió poder al doctor Eduardo Medina V. para que, a su nombre, se notificara de la resolución mencionada e interpusiera los recursos pertinentes.

4. Con fecha 25 de enero de 1971, el apoderado presentó un escrito a la Dirección General de Aduanas, dándose por notificado de la resolución No. 1119 e interponiendo contra ella el recurso de apelación ante el Ministerio de Hacienda.

5. La Dirección General de Aduanas se negó a conceder el recurso de apelación, alegando que la resolución No. 1119 ya estaba ejecutoriada, puesto que la notificación se había hecho desde el día 30 de diciembre de 1970 por medio de un radiograma.

6. Contra dicho auto el señor apoderado interpuso el recurso de reposición y, negada ésta, ocurrió de hecho ante el Ministerio de Hacienda.

7. El Ministerio de Hacienda, mediante auto de 24 de marzo de 1971, se negó a tramitar el recurso de hecho interpuesto y, en consecuencia, confirmó la actuación acusada y ordenó devolver el expediente a la oficina de origen,

afirmando que "el recurso de hecho sólo tiene cabida en asuntos meramente judiciales y que no puede extenderse por analogía a materias distintas al procedimiento civil".

DISPOSICIONES VIOLADAS

El actor considera que el auto acusado viola el artículo 282 del C.C.A., que dispone "que los vacíos en el procedimiento establecido en el C.C.A. 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".

El actor considera que el auto acusado viola también el artículo 13 del decreto ley 2733 de 1959, "por cuanto impide que se agote la vía gubernativa".

PARA DECIDIR LA SALA CONSIDERA:

El acto acusado es un acto procesal procedente del Ministerio de Hacienda, que pone fin a una actuación administrativa, al negarse a tramitar un recurso de hecho.

Frente a ese acto, el interesado tenía dos caminos: o bien demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de la resolución que imponía la sanción disciplinaria, por haberse agotado el procedimiento gubernativo; o bien demandar ante la misma jurisdicción de lo contencioso administrativo el auto por el cual se denegó el recurso de hecho.

Si el interesado hubiera escogido la primera vía, el Consejo de Estado, en efecto, probablemente habría tenido que inhibirse del conocimiento del negocio, porque el artículo 73 no. 3 del C.C.A. prohibe a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o remoción de empleados inamovibles.

Pero, como el interesado escogió la segunda vía, o sea pedir la nulidad del auto, por el cual se le denegó el recurso de hecho, este Consejo tiene que decidir, en primer lugar, sobre su propia competencia, antes de avocar el fondo del negocio.

En opinión de esta Sala, el Consejo es competente para conocer del auto

acusado por las siguientes razones:

1. Aunque el auto acusado tenga la forma de un trámite procesal, en realidad es un acto formalmente administrativo, puesto que procede de la jerarquía ejecutiva del poder público y, como ya se dijo, pone fin a una actuación administrativa (artículo 34, No. 10 C.C.A.);

2. Porque, si el Consejo de Estado se declarara incompetente, habría que concluir que existirían actos de la administración no sujetos al control jurisdiccional, lo cual es contrario al sistema constitucional colombiano, en el cual, en principio, no debe haber ningún acto administrativo sin control.

Establecida la competencia del Consejo, es preciso dictar sentencia de mérito, previa la siguiente consideración:

El recurso de hecho (llamado de queja por el nuevo Código de Procedimiento Civil) es un complemento necesario de la garantía jurídica del procedimiento y del ejercicio del recurso jerárquico. Según la doctrina procesal, el recurso de hecho es la vía adecuada para subsanar o corregir el error padecido por el inferior, cuando se niega a conceder un recurso de apelación procedente.

Siendo esto así, no se ve la razón valedera para sostener que, a falta de disposición expresa que lo consagre dentro del procedimiento gubernativo, no pueda acudirse a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que establecen dicho recurso con la finalidad indicada. Lejos de ser incompatible el recurso de hecho con la naturaleza de los procedimientos administrativos, su ejercicio es, por el contrario, en un momento dado, el instrumento adecuado y necesario para que el procedimiento gubernativo sea realmente una garantía jurídica para los administrados, pues, mediante dicho recurso, se asegura el derecho procesal de apelación consagrado como regla general en la vía o procedimiento gubernativo. Y esta opinión tiene pleno respaldo en lo que dispone el artículo 282 de la ley 167 de 1941, que es aplicación del principio general consagrado por el artículo 8o. de la ley 153 de 1887.

Por consiguiente, las peticiones de la demanda están llamadas a prosperar.

Por todo lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Es nulo el auto de 24 de marzo de 1971 dictado por el Ministerio de Hacienda en el cual se decide que no es el caso de tramitar el recurso de

CAPITULO SEGUNDO:

Resoluciones Ministeriales y otros Actos de los Ministros

A 342-I7/PJ

MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

UNIDAD DE EMPRESA. *El caso de las personas jurídicas que pueden configurarla.* **El art. 15. del decreto 2351 de 1965 es sustitutivo del 194 del C. Sustantivo del Trabajo. En la nueva disposición se introdujo como modalidad nueva el caso de las personas jurídicas que pueden configurar unidad de empresa. Ya no se trata unicamente de toda unidad de explotación económica o de las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica sino que en relación con las personas jurídicas se estableció un predominio económico entre la principal y las filiales o subsidiarias cuando cumplan actividades similares, conexas o complementarias.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., veintinco de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Eduardo Aguilar Vélez.**

El Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de simple nulidad, ha solicitado al Consejo de Estado que, previos los trámites correspondientes se hagan las siguientes declaraciones:

hecho interpuesto por el abogado Eduardo Medina V. en el negocio de la referencia.

2. Como consecuencia de la nulidad anterior, se dispone que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público decida el recurso de hecho denegado en el caso subjudice.

El doctor Mora Osejo no asistió a la sesión en la cual se aprobó la presente sentencia por calamidad doméstica, por lo cual se deja constancia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández *Lucrecio Jaramillo Vélez*
Alfonso Arango Henao

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

"PRIMERA. Que es nula la resolución No. 0446 de mayo 6 de 1969 proferida por el Ministro del Trabajo por la que se declaró que existe unidad de empresa entre los establecimientos industriales denominados MANUFACTURAS SEDECO S.A. y PLANTA DE ACABADOS con relación a la empresa llamada COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S.A. (COLTEJER), de la cual son dependientes aquellos establecimientos.

"SEGUNDA. Que se comunique oportunamente lo resuelto al señor Ministro del Trabajo para efecto de que se dé cumplimiento a lo dispuesto dentro del término previsto en el Art. 121 del C.C.A."

HECHOS:

Los hechos que sirven de fundamento a la acción pueden resumirse así:

El Sindicato Textil de Coltejer nombre con que nació a la vida jurídica pero que posteriormente se modificó, fue reconocido como persona jurídica por medio de la Resolución No. 218 de noviembre 15 de 1944 del Ministerio de Gobierno. Años después se hicieron algunas modificaciones a sus estatutos y se le cambió el nombre por el de Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer, reforma que fue aprobada por resolución No. 80 de 1949 del Ministerio de Justicia.

El Sindicato aludido, conforme a sus estatutos, es una organización de base cuyo domicilio principal es la ciudad de Medellín, al cual pueden afiliarse todos los trabajadores que laboren al servicio de la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer).

A petición del apoderado del Sindicato Textil Sedeco se declaró la unidad de empresa por el Ministerio del Trabajo, por medio de la resolución que se demanda, habiéndose declarado tal unidad dentro de los establecimientos Industriales denominados Manufacturas Sedeco S.A. y Planta de Acabados, con relación a la empresa Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer).

Para llegar a tal determinación el Ministro del Trabajo hizo una valoración de la prueba unilateralmente presentada por el abogado solicitante, desatendiendo el requisito básico exigido por el decreto para la declaración de unidad de empresa, o sea, la demostración del predominio económico de la sociedad considerada como principal sobre la filial, requisito éste que se echó de menos en la resolución materia del recurso, al no haberse demostrado que la Compañía Manufacturas Sedeco S.A. fuera filial de la Empresa Compañía Colombiana de Tejidos S.A. Esta apreciación se destaca con certidumbre, que no deja lugar a dudas, en la propia resolución, en la cual se afirma: "Que por medio de la escritura pública No. 1578 de 25 de julio de 1937, otorgada

en la notaria segunda del Circuito de Medellín, se constituyó la sociedad anónima denominada "Manufacturas Sedeco S.A.", con domicilio en la ciudad de Medellín, sin que se sepa quienes son los actuales accionistas de dicha sociedad, pues de ello no hay ninguna constancia en los autos.

La otra prueba que se tuvo en cuenta para hacer tal declaración fue la testifical, la que carece de la plenitud probatoria que se le atribuye por ser vagas las declaraciones en relación con determinados hechos necesarios de precisar. El predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales, requisito esencial para demostrar la unidad de empresa, no aparece configurado por parte alguna. Esta prueba solo es posible en relación con el capital social y el número de acciones que la principal posee en la filial. Las declaraciones recibidas en la etapa gubernativa sobre ciertos aspectos secundarios en el problema planteado, no dan la certeza suficiente para que se hubiese declarado la unidad de empresa.

Concepto de Violación y Normas Violadas. Se citaron en la demanda, como normas violadas, el artículo 15 del decreto 2351 de 1965, el 20 de la ley 81 de 1960 y el 66 del C.C.A. en cuanto en éste último se consagra la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos.

Se expresa la demanda, como concepto de violación lo siguiente:

"El elemento predominio económico a que se refiere el decreto no es intrascendente y de poca monta para hacer la declaración, sino que es forzoso y esencial probarlo, sin que pueda deducirse como antes lo expresé de declaraciones vagas, que cuando más servirán para demostrar la subordinación parcial en el aspecto de su administración, pero no en el económico que es el que se requiere. Se hace necesario una demostración objetiva plena, que acredite que la que se tiene como empresa principal tenga por lo menos el 50o/o de los derechos sociales o acciones de la filial, conforme lo preceptúa el art. 20 de la ley 81 de 1960, disposición ésta que igualmente se desatendió por la resolución acusada.

"Se está ante dos sociedades anónimas, Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer) y Manufacturas Sedeco S.A. y como tales se hace imposible saber por la escritura de constitución, si la segunda tiene el carácter de filial de la primera a causa de que los fundadores suscriben su capital en acciones que a diario pueden cambiar de dueño. La modalidad misma de la sociedad en que el capital social está representado en acciones de libre circulación y comercio, exige saber con certeza, si en realidad Manufactura Sedeco S.A. es filial de la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer) y si a la fecha de la solicitud, la que se tiene como principal era dueña por lo menos del 50o/o del capital social en acciones de la otra.

"Mientras no se demuestre con suficientes elementos de juicio la preeminencia económica de la una sobre la otra, no es posible llegar a conclusiones definitivas

sobre unidad de empresa. La sociedad anónima es una sociedad de capital controlada por el Estado, el que se limita a estudiar si fue regular su formación, si el capital aportado efectivamente lo fue, pero sin tener encuenta las personas que inicialmente la formaron. En esta clase de sociedades como lo anota al tratadista José Gabino Pinzón "se preve la libertad de enajenar el derecho que deriva el accionista del hecho de suscribir y pagar una de esas cuotas de capital, se asegura la conservación o subsistencia del fondo social, a pesar de las contingencias de los asociados, y se facilita la separación de un accionista". Lo anterior para concluir que la escritura de constitución de la sociedad nada dice con respecto a los socios actuales, haciéndose necesario acudir a otras pruebas para evidenciar con certeza tal demostración.

"La prueba testificar en este caso solo servirá para complementar otra clase de pruebas y quizá para demostrar algunos de los otros requisitos exigidos por el decreto para declaratoria de unidad de empresa, como sería la de actividad similar y la conexidad entre las mismas, pero en ninguna forma para acreditar el carácter de accionistas de una sociedad en otra y el valor exacto de inversión en la que se consideró como filial.

"De lo expuesto se concluye que la resolución acusada se desatendió del elemento básico o insustituible para declarar la unidad de empresa, o sea, la comprobación del predominio económico de la principal sobre la que se considera como filial, incurriendo con tal omisión en violación de la ley, a producir un acto administrativo sin la observancia integral de los requisitos exigidos. Con tal proceder se incurre además en el fenómeno de desviación de poder, consistente en haber ejecutado el funcionario una competencia más allá de sus límites, por estar supeditada el ejercicio de la misma, a la comprobación necesaria de determinado requisito que no lo fue, fenómeno éste que hace anulable el acto, conforme lo estatuye el art. 66 del C.C.A. en el que se contempla la desviación de poder como causa suficiente de anulación".

Parte Impugnadora: El "Sindicato Textil Sedeco" se hizo parte en el juicio, por medio de apoderado, para impugnar la demanda. Sostiene la parte impugnadora que el Consejo debe inhibirse para fallar de fondo el presente negocio porque no se acreditó la existencia legal del Sindicato demandante, ni la personería de sus representantes en el juicio, pues no se demostró que la resolución por medio de la cual se reconoció Personería Jurídica al actor se hubiera publicado en el diario oficial, requisito este sin el cual tal reconocimiento no surte efectos, de conformidad con lo preceptuado en el decreto 1326 de 1922, en el 479 de 1932 y en el art. 367 del Código Sustantivo del Trabajo. La prueba para demostrar tal publicación no puede ser otra que el diario oficial en el cual se hizo.

Además, los estatutos del Sindicato, expresan que para que el presidente del mismo pueda otorgar poderes se requiere autorización de la Junta Directiva y tal autorización no aparece demostrada en forma alguna.

En caso de que no se acepta la excepción propuesta, la parte impugnadora sostiene la validez de la Resolución enjuiciada porque se ha demostrado que existe una unidad de explotación económica entre los establecimientos industriales a los cuales ella se refiere. Cita un fallo del Consejo de Estado fechado el 21 de noviembre de 1963 en apoyo de su tesis.

Concepto Fiscal. La Fiscalía Cuarta de la Corporación, a cargo de la doctora Aydee Anzola Linares, al emitir concepto de fondo, plantea, igualmente, la inhibitoria de la Sala para fallar de fondo, por los mismos motivos invocados por la parte impugnadora y sostiene, finalmente, que aparece claramente demostrada la unidad de empresa entre "Manufacturas Sedeco S.A." y "Planta de acabados", en relación con Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer). Cita también el fallo proferido por esta Corporación en el año de 1963.

El juicio se tramitó con el lleno de las formalidades que le son propias. Se decretó una audiencia pública y en ella intervino solamente el apoderado del Sindicato demandante. Para resolver la Sala hace las siguientes.

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero estudiar si realmente existe la excepción propuesta por la parte impugnadora y por la Fiscalía. Ciertamente, la resolución que se dicte sobre reconocimiento de personería jurídica debe publicarse en el diario oficial y solamente quince días despues de hecha surte efectos el reconocimiento. Esto es, empieza la existencia de la persona jurídica. Pero de aquí no puede concluirse, como lo hace la Fiscalía y la impugnadora, que la prueba requerida para acreditar la existencia de tal persona jurídica sea la presentación del diario oficial en el cual se insertó la publicación. Si, como en el caso a estudio, el Ministerio de Trabajo certifica que el Sindicato demandante tiene personería Jurídica, es lógico concluir que la tiene porque llenó los requisitos exigidos por la ley para ello, entre los cuales, obviamente, debe contarse la publicación de la resolución sobre reconocimiento. En otra forma no podría certificarse la existencia de la persona jurídica del demandante.

No acepta, pues la Sala, el planteamiento de que solo con la presentación del diario oficial en que consta la publicación de la Resolución se acredita la existencia de un Sindicato.

En relación con la falta de autorización por parte de la Junta Directiva del Sindicato de Coltejer, el Presidente del mismo para otorgar poder al abogado apoderado, es suficiente decir que ya obra en los autos tal autorización y la ratificación expresa de lo actuado por parte del apoderado (art. 115 del

C.C.A.). No es pertinente, por lo mismo declarar la excepción propuesta por la parte impugnadora y por la Fiscalía.

En relación con el fondo del problema debatido la Sala hace los siguientes planteamientos:

El art. 15 del decreto 2351 de 1965 expresa lo siguiente:

"Definición de Empresa.

"1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que corresponden a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

"2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine economicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa, solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a la de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

"3. El Ministerio del Trabajo, de oficio o a solicitud de parte y previa la investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa, de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente".

Este artículo es sustitutivo del 194 del C. Sustantivo del Trabajo. En la nueva disposición se introdujo como modalidad nueva el caso de las personas jurídicas que pueden configurar unidad de empresa. Ya no se trata unicamente de toda unidad de explotación económica o de las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, sino que en relación con las personas jurídicas se estableció un predominio económico entre la principal y las filiales o subsidiarias cuando cumplan actividades similares, conexas o complementarias.

Es muy posible que esta nueva modalidad haya sido introducida en la ley a virtud del fallo proferido por el Consejo de Estado con fecha 21 de noviembre de 1963, citado por la parte opositora y por la Fiscalía. En esta providencia se dijo claramente que lo que la ley buscaba era precisamente obtener que no se fraccionara artificialmente la unidad objetiva de la empresa en virtud de la ficticia pluralidad de dueños, ya que ello iría en desmedro de los derechos tutelados por el estatuto laboral. Lo que se pretende con la norma

es restaurar una verdad económica que rehace la situación artificial que se pretenda crear por parte del capital fraccionado.

No se puede, obviamente, analizar la situación particular de cada compañía en relación directa y única con los negocios que se le han atribuído dentro del programa general de actividades comunes en una organización empresarial compleja. Es necesario buscar si esta actividad compleja corresponde a una unidad de dirección y a una unidad patrimonial que opera a través de entes jurídicos formalmente autónomos, pero materialmente supeditados.

Cuando esto ocurre en relación con personas jurídicas distintas debe declararse la unidad de empresa. En otras palabras, cuando se trata de sociedades es preciso demostrar que existe una unidad de dirección y una unidad patrimonial entre las empresas principal y las filiales o subsidiarias. El decreto 2351 de 1965, introdujo entonces el elemento "predominio económico", entre la sociedad principal y las filialres, para que se pudiera declarar la unidad de empresa. De este predominio económico se habló precisamente en el fallo del Consejo que se ha citado. Este fallo se refiere a la declaratoria de unidad de empresa entre las firmas "Leonidas Lara e Hijos" y la "Compañía Ganadera Limitada", en donde se demostró que a pesar de ser personas jurídicas distintas la primera tenía un aporte en la segunda equivalente al 77o/o del capital de esta.

En el caso a estudio, por parte alguna aparece demostrado que la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer) tenga predominio económico sobre Manufacturas Sedeco S.A. En la misma resolución que se enjuicia se dijo claramente que no se sabía quienes eran los actuales accionistas de la última compañía citada.

Bien es verdad que en la investigación realizada por la Superintendencia de sociedades anónimas se dijo, en relación con Coltejer, que se encontraba constituida por los siguientes departamentos:

"Coltefabrica
Rosellon
Sedeco
Planta de Acabados
Coltehilos
Ingeniería y Servicios
Rionegro
Gerencia

Pero además se constató que "los activos y personal al servicio de Sedeco, Coltehilos y Rionegro pertenecen, en su orden, a las sociedades Manufacturas

Sedeco S.A., Fábrica de Hilos Coltejer S.A. y Textiles Rionegro, S.A., teniendo la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. contratos con estas últimas para utilizar no solo sus activos sino el personal en ellas ocupado".

Esta certificación pudiera servir para concluir que Manufacturas Sedeco S.A. forma parte del complejo empresarial de Coltejer, pero como se trata de una sociedad anónima es indispensable demostrar que esta última tiene un predominio económico sobre la primera, cuestión que no aparece acreditada en la investigación adelantada por el Ministerio.

En relación con Planta de Acabados se ha acreditado plenamente que ella no es persona jurídica sino que constituye una simple factoría de Coltejer. Por lo mismo en relación con ella la resolución está bien fundamentada.

Pero hay otro aspecto del problema que resulta interesante tratar en esta providencia y es el relativo a la desviación de poder, vicio alegado por el demandante y que aparece de bulto en los autos.

Dentro de los elementos del acto administrativo se encuentra el fin o finalidad del mismo. Han dicho los tratadistas que en relación con la finalidad del acto administrativo deben considerarse las siguientes reglas:

a) El agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general.

b) El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición a la ley.

c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto, y

d) Pero aun siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto. (ver Fraga pág. 303. Octava Edición).

Cuando el agente persigue un fin distinto al que la ley le señala incurre en la llamada desviación de poder, que se encuentra sancionada en nuestro derecho administrativo con la nuldiad del acto, de conformidad con lo previsto en el art. 66 del C.C.A.

Ahora bien: La Finalidad por la cual se declara la unidad de empresa está establecida en el mismo artículo 15 del decreto 2351 de 1965, al decirse que ella se declara para "logar el cumplimiento de las leyes sociales". Esto es para que surta sus consecuencias jurídicas en todas las materias reguladas por el estatuto sustantivo del trabajo.

Si se estudia detenidamente el expediente se puede llegar a la conclusión de que la Unidad de Empresa que se declaró entre Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer) como empresa principal y Manufacturas Sedeco S.A. y Planta de Acabados, como dependientes de aquella, se hizo con una finalidad distinta a la de lograr el cumplimiento de las leyes sociales. Así se desprende claramente de la resolución 524 de 1969, emanada del mismo Ministerio del Trabajo, mediante la cual se dispuso que la Organización Sindical que cuente con mayor número de trabajadores entre el Sindicato de Manufacturas Sedeco y la seccional de planta de acabados, debe admitir al personal de organización sindical que sea minoritario. Como si la unidad de empresa se hubiese declarado entre Sedeco y Planta de Acabados y no entre éstas con relación a Coltejer.

Lógico hubiese sido que el Sindicato Unico de Coltejer si resultaba mayoritario en relación con el de Sedeco y el de Planta de Acabados estuviera obligado a admitir a los minoritarios; así, se hubiera dado una finalidad de acuerdo con la ley, a la declaratoria de Unidad de Empresa.

En conclusión la Sala piensa que el Ministerio obró con una finalidad contraria a la ley al declarar la Unidad de Empresa en la resolución acusada, pues parece claro que se buscó una finalidad distinta a la prevista en la ley con tal proceder.

La resolución demandada habrá de anularse, pero unicamente en cuanto ella declaró la Unidad de Empresa entre Manufacturas Sedeco S.A. y Compañía Colombiana de Tejidos S.A. (Coltejer), pero no en relación con Planta de Acabados y esta última sociedad.

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, en desacuerdo con el Concepto Fiscal,

FALLA:

Declárase no probada la excepción propuesta en este juicio por la parte impugnadora y por la Fiscalía.

Decrétase la Nulidad de la Resolución No. 446 de 6 de mayo de 1969, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto por ella declaró la Unidad de Empresa entre Manufacturas Sedeco S.A. y Compañía Colombiana de Tejidos S.A. Coltejer.

Comuníquese al señor Ministro la anterior determinación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se hace constar que esta providencia fue aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de noviembre de 1971.

Rafael Tafur Herrán *Eduardo Aguilar Vélez*
Nemesio Camacho Rodríguez *Alvaro Orejuela Gómez*

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

A 343-I 5/PJ

MINISTERIO DE DEFENSA

SUELDOS Y SALARIOS. Reajuste de sueldos y salarios del Personal Civil de la Administración Pública y del personal militar y civil de las fuerzas armadas según la ley la de 1963.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., Noviembre treinta de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Rafael Tafur Herrán.**

Consulta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca su fallo de fecha 2 de julio del año en curso proferido en el juicio que en acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado ha promovido el señor ELISEO VALDERRAMA REY para:

"1. Solicitar la nulidad de la resolución No. 06301 de septiembre 19 de 1966 por la cual se niega el reconocimiento del aumento de sueldos en la suma de ciento veinte pesos mensuales, procedente del Ministerio de Defensa al actor de la referencia, según artículo 66 del C.C.A.

"2. Que se le restablezca en su derecho a mi poderdante reconociéndole y pagándole el aumento de ciento veinte pesos de que trata el artículo 1o. de la Ley

1a. de 1963, a partir de enero 1o. de 1963 hasta cuando se hagan exigibles en sentencia de esa Corporación, de acuerdo al artículo 67 del C.C.A.

"3. Que se le reconozcan y paguen las primas a que tenga derecho mi poderdante, de acuerdo al aumento que le corresponda de ciento veinte pesos y a todas las prerrogativas que se le deduzcan de los hechos al acreditarse la aplicación de las disposiciones vigentes según la liquidación que al efecto elabore el Ministerio de Defensa Nacional".

A manera de hechos afirmó:

"1. a) Mi poderdante ingresó al Servicio de las Fuerzas Militares en abril 8 de 1943. (Dado de baja el día 1o. de mayo de 1965).

"b) Mi poderdante se encuentra actualmente trabajando en la Institución Militar como Auxiliar Primero.

"c) La Resolución No. 06301 de septiembre 19 de 1966, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional niega el aumento de ciento veinte pesos mensuales que le corresponde a mi poderdante a partir del 1o. de Enero de 1963,

"d) El Art. 1o. de la Ley 1a. de 1963 dispone que con retroactividad al 1o. de Enero de 1963 el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos tanto al personal civil de la Administración Pública como al de los establecimientos públicos descentralizados y en el sector privado, la suma de ciento veinte pesos por mes.

"e) El Decreto 294 de febrero 15 de 1963 reajusta la escala de sueldos del personal de empleados que trabaja en el Ministerio de Defensa, establecida en el Decreto Legislativo No. 094 de 1958 y adicionada por el Decreto Ley No. 1705 de 1960 de acuerdo con el reajuste ordenado en la ley 1a. de 1963.

"f) La Ley 68 de 1963 "adopta el plan de clasificación y remuneración para los cargos de los empleados civiles al servicio del Ramo de Guerra" pero no coinciden las asignaciones correspondientes al Nivel A con las que determina el Decreto No. 0294 del 63, tampoco reajusta los sueldos de acuerdo a la Ley 1a. de 1963 en su artículo 1o.

"g) El Decreto reglamentario No. 351 de 1964, reglamenta la Ley 68 y como tal, solo se refiere a ella y no a la Ley 1a. de 1963, dejando a mi poderdante sin el aumento de los ciento veinte pesos mensuales que allí se ordena en el Art. 1o.".

El Tribunal ha fallado en estos términos:

"PRIMERO. Es nula la Resolución No. 6301 de 19 de septiembre de 1966 del Ministerio de Defensa Nacional, "Por la cual se niega el reconocimiento y pago de

unos haberes solicitados por el señor Eliseo Valderrama Rey con fundamento en la Ley 1a. de 1963.

"SEGUNDO. Decrétase un aumento de ciento veinte pesos ($120.oo) mensuales sobre el sueldo básico, a favor del señor Eliseo Valderrama Rey, a partir del 1o. de enero de 1963 hasta cuando hubiere estado vinculado al Ministerio de Defensa Nacional, aumento que tendrá en cuenta para todos los efectos de prestaciones sociales, en cumplimiento a la ley 1a. de 1963 artículo 1o.

"PARAGRAFO. Si el Ministerio le hubiere hecho aumentos por mayor valor, en cumplimiento de la Ley 68 de 1963, los ciento veinte pesos ($120.oo) mensuales a que se refiere la obligación del punto anterior se tendrán como abono o parte de la misma, conservando el status más favorable.

"TERCERO. El Ministerio de Defensa Nacional dará cumplimiento a este fallo en el término de 30 días conforme a lo previsto en el Art. 121 del C.C.A.".

La consulta ha de resolverse de plano.

SE CONSIDERA:

Radica la cuestión en determinar si el empleado civil del Ramo de Defensa Dr. Valderrama Rey, auxiliar 1o., tiene derecho a hacer efectivo, como lo sostiene en la demanda, el reajuste del sueldo ordenado por el artículo 1o. de la ley 1a. de 1o. de febrero de 1963 en los siguientes términos:

"Con retroactividad al 1o. de enero de 1963 el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios tanto en el personal civil de la administración Pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el del sector privado, en la siguiente cuantía:

"Para las regiones y ciudades donde el salario mínimo vigente sea de trescientos pesos ($300.oo) mensuales, costos mínimos y los demás salarios se aumentarán en ciento veinte pesos ($120.oo) por mes hasta sueldos de tres mil pesos ($3.000.oo) mensuales.

"Los otros salarios mínimos urbanos e industriales de zonas diferentes a las señaladas anteriormente, se aumentarán en un cuarenta por ciento (40o/o) Las demás salarios superiores a los mínimos actuales se aumentarán en la suma que resulte al liquidar el cuarenta por ciento (40o/o) sobre los salarios mínimos mensuales en cada región.

Insistiendo en la generalidad de los términos de la anterior disposición el demandante pretende, en síntesis, que también los empleados civiles del

Ramo de Defensa como personal perteneciente a la Administración Pública fueron favorecidos con el reajuste allí previsto.

Pero a entenderlo así se opone otra disposición de la misma Ley 1a., el artículo 12, que a diferencia del primeramente transcrito, no ordenó para el personal militar y civil de las Fuerzar Armadas que el Gobierno reajustara sueldos y salarios, sino que previno:

> "Facúltase al Presidente de la República para reajustar los sueldos del personal de las Fuerzas Armadas, tanto militar como civil".

Indicando así la ley, claramente, que para el personal de las Fuerzas Militares no regiría lo dispuesto en el artículo 1o. sino el reajuste de sueldos que el Presidente quedaba autorizado a efectuar y que efectivamente estableció por medio del Decreto No. 294 del mismo mes de febrero de 1963. No se explicaría que si el deseo del legislador fué el de que las disposiciones del artículo 1o. de la ley se aplicaran también a militares y civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, más adelante, en el artículo 12 facultara al Presidente para reajustar los sueldos a estos últimos sin que de otra parte el estatuto deje entender que se quiso así favorecerlos con un aumento más. Para el resto de los servidores del Estado el reajuste se ordenó según pautas expresamente fijadas por la misma ley. Para el personal tanto militar como civil de las Fuerzas Armadas se optó por dar facultades al Presidente ¿Esto por qué? Por que sin duda se quiso dejar al Presidente un mayor margen de libertad para proveer al reajuste, aun traspasando las pautas fijadas en el artículo 1o. como efectivamente ocurrió, y al punto de que hubo casos en que el personal de las Fuerzas Armadas excedió de los ciento veinte pesos y casos como el del actor en que coincidió con esta suma, según lo ha apuntado el señor apoderado del Ministerio de Defensa en el escrito de impugnación de la demanda.

Se benefició pues el demandante, del aumento de sueldos y salarios a que proveyó la Ley 1a. de 1963 a través de las regulaciones del Decreto 294 dictado en desarrollo de la misma, y no ha demostrado quedarle aun pendiente el aumento de los $120.oo contemplado en el artículo 1o. del propio estatuto. Con posterioridad entró a favorecerlo la ley 68 de 1963.

De suerte que sus pretensiones en este último sentido no están llamadas a prosperar y, como consecuencia, el fallo consultado debe revocarse.

Lo revoca en efecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y no se accede a las súplicas de la demanda.

Este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 30 de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Tafur Herrán
Nemesio Camacho Rodríguez
Eduardo Aguilar Vélez
Alvaro Orejuela Gómez

Jorge A. Torrado
Secretario

CAPITULO TERCERO:

Actos de otras Autoridades Administrativas del Orden Nacional

A 344-IV 73/AN

INSTITUTO DE DESARROLLO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES

AGUAS DE USO PUBLICO. Según los Arts. 13, literal d) y f), del Decreto-Ley No. 3117 de 1963, 22 y 23 del Decreto-Ley No. 2420 de 1968, el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables puede reglamentar el aprovechamiento de las aguas de uso público e imponer a los usuarios conforme a los Arts. 4o. literal c), del Decreto-Ley No. 1710 de 1960 facultad que no fue modificada por el Decreto-Ley No. 3117 de 1963 y que también se transfirió a Inderena por el Art. 23 del Decreto-Ley no 2420 de 1960 y 1o. del Decreto-Ley No. 891 de 1942, "La obligación de pagar el servicio de vigilancia que garantice el cumplimiento de las condiciones impuestas en el respectivo reglamento", atribución que el Art. 23 Bis del Decreto-ley No. 2420 de 1968, (Art. 4o. del Decreto-ley No. 3120 de 1968) hizo extensiva a la Corporación Autónoma Regional del Cauca).

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Consejero Ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo.**

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

Ref: Expediente No. 1328.

Actor: Oswaldo Rengifo.
Nulidad y suspensión provisional de la Resolución No. 658 de agosto 20 de 1969 expedida por el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables. "INDERENA".

Se decide el juicio promovido por el doctor Oswaldo Rengifo para que se declare la nulidad de la Resolución No. 658 de 20 de agosto de 1969 del Gerente del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, "por la cual se establece el servicio de vigilancia en el Departamento del Huila y se traslada la Inspección de Aguas de Campoalegre a la ciudad de Neiva".

I. *Los antecedentes.* El juicio tiene los siguientes antecedentes:

1. *Los hechos de la demanda.* La demanda se funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1. Por el Decreto-ley No. 2420 de 1968 se creó el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables cuyo Gerente, con base en éste y en el Decreto No. 891 de 1942, dictó la Resolución No. 658 de 20 de agosto de 1969, por la cual se ordenan contribuciones a cargo de los usuarios de las corrientes de agua de los ríos mencionados en el artículo 1o.;

2. El Gerente de Inderena no es competente para dictar el acto acusado.

2. *Disposiciones invocadas como violadas y conceptos de violación.* Se invocan como violadas, en síntesis, las siguientes disposiciones:

Arts. 135 de la Constitución, 16, Inc. 2o., de la ley 128 de 1941 y 1o. del Decreto No. 891 de 1942, tanto porque la facultad extraordinaria que se le diera al Gobierno Nacional por el Inc. 2o. del Art. 16 "sólo tuvo vigencia hasta el 20 de julio de 1942", como porque, por ser "privativa y exclusiva del Presidente de la República", en principio sólo pudo ejercerse por los Ministros, Jefes de Departamento Administrativos y Gobernadores de conformidad con el Art. 135 de la Constitución, pero no existe ley que autorice delegar la materia de que versa el acto acusado; Arts. 23 del Decreto-ley No. 2420 de 1968, 4o., literal d), del Decreto No. 1710 de 1960 y 18 del Decreto No. 1425 de 1960, que determinan las facultades del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, adscritas no al Gerente sino a la Junta Directiva, entre las cuales no se comprende la de "imponer a los usuarios de aguas públicas la obligación de pagar el servicio de vigilancia".

3. *Solicitud de suspensión provisional.* Como el actor solicitara en la demanda la suspensión provisional del acto acusado, fué denegada por auto del 27 de noviembre de 1969, por no verificarse clara u ostensiblemente la violación de ninguna de las normas invocadas.

4. *Los alegatos de conclusión.* El actor en su alegato de conclusión reitera esencialmente los términos de la demanda y el señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que no procede acceder a su petición, en síntesis, por los siguientes argumentos:

1. El Gerente del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables dictó el acto acusado, según su enunciado, con base en los Decretos Nos. 891 de 1942 y 2420 de 1968; contra el aserto del actor, como aquél se funda en el Art. 16 de la ley 128 de 1941 que autoriza al Gobierno, entre otras atribuciones, para tomar las medidas necesarias al "normal funcionamiento del servicio, no dejó de regir el 20 de julio de 1942 sino que está actualmente vigente; 2) El Art. 23 del Decreto-ley No. 2420 de 1968 atribuye al Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables "la reglamentación del uso y el aprovechamiento de los recursos naturales y la administración de las áreas que se consideren necesarias para la adecuada protección de las aguas", facultad que, en armonía con el Art. 1o. del Decreto No. 891 de 1942, le permite disponer al Gerente, como representante del Inderena, que el costo del servicio "corra a cargo de los usuarios"; 3) No se trata de imponer un tributo, para lo cual el Instituto no está facultado, "sino simplemente de distribuir unos costos en proporción a los servicios que reciben los beneficiarios".

II. *La Sentencia.* Surtido legalmente el trámite del juicio, la Sala considera que debe accederse a la petición de la demanda, conforme a los siguientes motivos:

1. Con base en el principio de que las aguas que no nacen y mueren dentro de una misma heredad son de uso público (Arts. 677 del C.C., 1o. y 2o. del Decreto-ley No. 1381 de 1940: 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario No. 1382 de 1940), el Estado se reserva la facultad de reglamentar, de oficio o a solicitud de parte, "el aprovechamiento de cualquier corriente o depósito de aguas nacionales" y de vigilar el cumplimiento de "las condiciones y obligaciones impuestas por las respectivas resoluciones de concesión o reglamentación de aguas públicas" (Arts. 15 y 29 del Decreto-ley No. 1381 de 1940; 15, 29, 36, 42 a 51 del Decreto Reglamentario No. 1382 de 1940), en cuanto "a los particulares sólo les corresponde —como sostuvo el Consejo en sentencia de 19 de diciembre de 1946— el uso y goce de los bienes del Estado pero bajo el control y superintendencia del gobierno nacional. . . " (Anales Tomo LVI, Pags. 312 y 313).

2. El Art. 16, Inc. 2o., de la ley 128 de 1941 dió facultades extraordinarias y pro témpore al Gobierno Nacional "para adoptar todas las medidas económicas y fiscales que sean precisamente necesarias para conjurar un eventual desequilibrio fiscal, allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas, atender

los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional". Con base en tal autorización, y dentro del término señalado al efecto, el Gobierno Nacional dictó el Decreto-ley No. 891 de 1942, por el cual se dispone que "en las reglamentaciones definitivas sobre aguas de uso público, de propiedad del Estado, que autorice al Gobierno, o en las reglamentaciones provisionales que sobre las mismas aguas dicte el Ministerio de la Economía Nacional (hoy Ministerio de Agricultura), se podrá imponer a los interesados usufructuarios la obligación de pagar el servicio de vigilancia que garantice el cumplimiento de las condiciones impuestas en el respectivo reglamento" (Art. 1o), "en proporción a la cantidad de agua que utilicen", bajo la vigilancia de celadores o fontaneros con el carácter de funcionarios de policía y de la sanción, en caso de inobservancia, de suspensión del servicio (Parágrafo 1o. a 3o). Por tanto, como sostiene el señor Fiscal 1o., contra el aserto del actor, el Decreto-ley No. 891 de 1942, como los demás de su género, tiene vigencia permanente con "el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 21 de abril de 1941, G.J. Tomo LI, Pág. 25), mientras no sea derogado, subrogado o suspendido por norma posterior de igual o superior jerarquía, como así se deduce del Art. 114 de la Constitución que asimila, entre otros actos, los decretos-leyes a la ley; las facultades extraordinarias y pro témpore que diera al Gobierno el Inc. 2o. del Art. 16 de la ley 128 de 1941 en realidad vencían, según tal disposición, el 20 de julio de 1942, pero ello no significa que los actos dictados con base en ellas, como el Decreto-ley No. 891 de 1942, sólo podían regir hasta esa fecha, que apenas constituía el límite temporal para expedirlos.

3. El Decreto-ley No. 1425 de 1960, reorgánico del Ministerio de Agricultura, adscribió a la División de Recursos Naturales del mismo las facultades de reglamentar el aprovechamiento de las aguas de uso público y de "dar normas para inspeccionar el cumplimiento de los reglamentos y determinaciones que dicte el Ministerio sobre conservación y utilización de aguas" (Art. 18, literales d) y f), ibídem), las cuales reitera el Decreto-ley No. 3117 de 1963 (Art. 13, literales d) y f), que lo sustituyó. Por tanto, por las disposiciones indicadas, se adscribieron a la División de Recursos Naturales del Ministerio de Agricultura las facultades del Decreto-ley No. 891 de 1942.

El Decreto-ley No. 2420 de 1968, derogatorio del indicado anteriormente y reorgánico del sector agropecuario de la Administración Nacional, por el Art. 22 creó el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables encargado, genéricamente, de la "reglamentación, administración, conservación y fomento de los recursos naturales del país, en los aspectos de pesca marítima y fluvial, aguas superficiales y subterráneas, suelos, bosques, fauna y flora silvestre; parques nacionales, hoyas hidrográficas, reservas naturales, sabanas comunales y praderas nacionales" y con las funciones específicas de ejercer, según el Art. 23 ibídem, "las atribuídas a la Corporación Autónoma

Regional de los Valles del Magdalena y del Sinú (C. V. M.) y a la División de Recursos Naturales del Ministerio de Agricultura", reglamentar el uso y aprovechamiento de las aguas de uso público (literal a) y "hacer cumplir las normas relacionadas con los recursos naturales renovables del país" (literal h).

El Decreto-ley No. 1710 de 1960 creó la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Magdalena y del Sinú con la facultad, entre otras, de distribuir y reglamentar "las aguas de uso público dentro del territorio de su jurisdicción, para objetos domésticos, agropecuarios o de abastecimiento público, ciñéndose a las leyes y reglamentaciones sobre la materia. . . " (Art. 4o., literal c), ibídem) y a cuya Junta Directiva se dió la atribución específica de "establecer cuales de los servicios que presta la Corporación deben ser retribuídos por medios de tasas, fijar su cuantía y modo de exigirlas (Art. 15, literal c), ibídem). Pero como el Decreto ley No. 3304 de 1963 (Arts. 1o., 5o. y 6o) modificó, con base en el Ord. 1o. del Art. 1o. de la ley 21 de 1963, las facultades de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Magdalena y del Sinú, entre las cuales no se comprende la de distribuir y reglamentar las aguas de uso público, evidentemente quedó adscrita, conforme al Art. 13, literales d) y f), del Decreto-ley No. 3117 de 1963, entonces vigente, a la División de Recursos Naturales del Ministerio de Agricultura, cuyas funciones se transfirieron, por el Art. 23 del Decreto-ley No. 2420 de 1968, al Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables.

Por tanto, contra el aserto del actor y de acuerdo con el concepto fiscal, según los Arts. 13, literales d) y f), del Decreto-ley No. 3117 de 1963, 22 y 23 del Decreto-ley No. 2420 de 1968, el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables puede reglamentar el aprovechamiento de las aguas de uso público e imponer a los usuarios, conforme a los Arts. 4o., literal c), del Decreto-ley No. 1710 de 1960 –facultad que no fue modificada por el Decreto-ley No. 3117 de 1963 y que también se transfirió a Inderena por el Art. 23 del Decreto-ley No. 2420 de 1960– y 1o. del Decreto-ley No. 891 de 1942, "la obligación de pagar el servicio de vigilancia que garantice el cumplimiento de las condiciones impuestas en el respectivo reglamento", atribución que el Art. 23 Bis del Decreto-ley No. 2420 de 1968 (Art. 4o. del Decreto-ley No. 3120 de 1968) hizo extensiva a la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

4. En realidad sólo el Presidente de la República podía ejercer las facultades extraordinarias que le diera el Art. 16 de la ley 128 de 1941; pero, en primer lugar, contra lo que sostiene el actor, tales atribuciones no son susceptibles de delegarse en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y Gobernadores sino sólo, según prescribe el Art. 135 de la Constitución que se invoca en la demanda, "determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa"; en

segundo lugar, en el caso sub judice, el Presidente ejerció las referidas facultades extraordinarias al dictar el Decreto-ley No. 891 de 1942, que atribuyó al Gobierno o al correspondiente Ministro las facultades de imponer la medida de que se trata, respectivamente, en las reglamentaciones definitivas o provisionales sobre aguas de uso público, *como una competencia ordinaria,* por tanto, no es fundado el argumento del actor, expuesto en la demanda, que por tratarse de atribuciones del decreto-ley siempre deben ejercerse por el Gobierno, a manera de prolongación, *ratione materiae* de las facultades extraordinarias, no obstante que ellas sólo atañen a la posibilidad de que el Presidente asuma, temporal y limitadamente, las facultades del Congreso y que, en el caso sub judice, el mismo Decreto-ley No. 891 de 1942 también las adscribió al correspondiente Ministro; además, como se ha expuesto, ellas se transfirieron primeramente a la División de Recursos Naturales del Ministerio de Agricultura y a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Magdalena y del Sinú y ulteriormente al Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables y a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, lo que bien pudo disponer el legislador por no tratarse de materia que, según la Constitución, corresponde directamente al Presidente de la República.

5. Pero, en el caso sub judice, esa facultad no compete al Gerente sino a la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, a saber, a) De acuerdo con la ley, corresponde a las Juntas Directivas la dirección de los establecimientos públicos y entre otras atribuciones específicas, "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzcan y someterlos a la aprobación del Gobierno" (Arts. 25 y 26, literal b), del Decreto-ley No. 1050 de 1968), señalar su estructura interna, elaborar el estatuto de su personal y determinar el régimen de "creación, supresión y fusión de empleos" (Art. 16, 24, 38, y 40 del Decreto-ley No. 3130 de 1968); b) Creado el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables como establecimiento público (Art. 22 del Decreto-ley No. 2420 de 1968), la Junta Directiva expidió sus estatutos por Acuerdo No. 1 de 1969, aprobados por Decreto del Gobierno No. 842 de 1969, en los cuales se le adscribe, entre las funciones de la clase c) "que se ejercen por medio de acuerdos sin requisitos especiales", la de "establecer cuáles de los servicios técnicos que preste el Instituto deben ser retribuídos por medio de tasas, fijar su cuantía y modo de exigirlas" (Art. 18, literal g), ibídem), mientras que sólo compete al Gerente, a este respecto, "proponer a la Junta Directiva los proyectos sobre tasas que vayan a ser cobradas por los servicios técnicos que presta el Instituto" y recaudar los ingresos, "ordenar los gastos y en general dirigir las operaciones propias del Instituto dentro de las prescripciones de la ley, decretos reglamentarios y disposiciones de la Junta Directiva" (Art. 27, ords. 9o. y 10o. ibídem).

Por tanto, el Gerente del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables no era competente para dictar la Resolución No. 658 de 20 de agosto de 1969 sino la Junta Directiva, por lo que se violó el Art. 23 del Decreto-ley No. 2420 de 1968, invocado por el actor, que adscribe a ésta, como encargada de la dirección del Instituto, la referida atribución.

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,

RESUELVE:

1. Declárase la nulidad de la Resolución No. 658 de 20 de agosto de 1969 del Gerente del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables.

2. Previa ejecutoria de esta providencia, comuníquese lo resuelto a los señores Ministro de Agricultura y Gerente del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, conforme a lo prescrito por el Art. 132 del C.C.A. Entre líneas: bosques, vale.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y archívese.

Jorge Dávila Hernández *Alfonso Arango Henao*
Lucrecio Jaramillo Vélez *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 345-IV 55/Ad

ACTOS DEL INCOMEX

PRECIOS DE LAS MERCANCIAS DE IMPORTACION. *Atribuciones de la División de Control de Precios Internacionales del Incomex.* **La División de Precios Internacionales del Incomex no fija precios a las mercancías de importación. Esa dependencia se limita a investigar, en el mercado Internacional, cuál es, en un momento dado, el precio de una mercancía determinada; recoge esos datos, los evalúa y los cataloga en un fichero especial para suministrar información a otras entidades oficiales que así lo requieran. Esos datos sirven llegado el caso, para controlar los precios que declaran los comerciantes en sus solicitudes de importación y detectar así el fenómeno de la sobrefacturación.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

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

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia: 1527
Actor: Hernando Pryor Varón.

El doctor Hernando Pryor Varón, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad del artículo 66 del C.C.A., demanda al Consejo de Estado la nulidad de los siguientes actos administrativos ema-

nados del Instituto Colombiano de Comercio Exterior: "Circular postal No. 57 de 9 de julio de 1970, por la cual se envía la nueva lista de precios máximos oficiales para mercancías de importación, elaborada por la División de Control de Precios Internacionales para los fines previstos en el decreto ley 691 de 1967 y Circular postal no. 75 de 3 de septiembre de 1970, por la cual se envía una nueva lista de precios máximos oficiales para las mismas mercancías".

El actor fundamenta su demanda en el siguiente argumento:

El artículo 211 del decreto ley no. 444 de 1967 adscribió a la Superintendencia de Comercio Exterior el estudio sistemático del movimiento de precios en el mercado internacional para mantener el control de la facturación de las exportaciones e importaciones colombianas. Según los artículos 1o. y 4o. del decreto 691 de 1967, la Superintendendencia cumple sus funciones mediante la División de Control de Precios Internacionales, a la cual corresponde, entre otras funciones, redactar listas sobre precios máximos oficiales de mercancías importadas;

Ahora bien, los actos que señalan los precios máximos oficiales para mercancías de importación... son creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas, en cuanto rigen para todas las personas que, durante su vigencia, importen al país mercancías respecto de las cuales se hayan señalado precios;

Por tanto, dichos actos deben promulgarse, a fin de que adquieran vigencia y, por consiguiente, deben publicarse en el Diario Oficial para cumplir el mencionado requisito.

En el caso sub judice, como los actos acusados no fueron ni publicados ni notificados, el actor concluye que son nulos por haber violado las siguientes disposiciones legales superiores:

a) Los artículos 26, 28 y 85 de la Constitución que recogen tácita o expresamente, el principio de que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación.

b) El artículo 43 de la ley 153 de 1887 que reproduce el mandato constitucional;

c) El artículo 5o. C.P.M., que prescribe que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación;

d) El artículo 11 del decreto ley no. 2733 de 1959 que ordena publicar en el Diario Oficial las providencias administrativas que no pudieren notificarse personalmente a terceros.

PARA DECIDIR LA SALA CONSIDERA:

El decreto ley 691 de 1967, orgánico de la División de Control de Precios Internacionales del Incomex, confiere a esta dependencia amplias atribuciones en lo relacionado con los precios internacionales de las mercancías, entre las cuales pueden anotarse las siguientes: revisar las licencias de importación y exportación y decidir en cuáles se debe profundizar el estudio de los precios declarados; realizar consultas sobre precios en los consulados, embajadas y otras entidades, a fin de reunir las investigaciones correspondientes; redactar listas de precios máximos oficiales de las mercancías de importación para fines del reembolso correspondiente; diseñar y mantener actualizado un fichero de precios, en el cual se resuman todas las informaciones obtenidas; mantener contacto con la Junta de Importaciones para resolver las consultas sobre precios internacionales; emitir conceptos sobre precios internacionales con destino a la Superintendencia de Control de Cambios y a la Junta Monetaria.

Es importante señalar que la División de Precios Internacionales del Incomex no fija precios a las mercancías de importación. Esa dependencia se limita a investigar, en el mercado internacional, cual es, en un momento dado, el precio de una mercancía determinada; recoge esos datos, los evalúa y los cataloga en un fichero especial para suministrar información a otras entidades oficiales que así lo requieran. Esos datos sirven llegado el caso, para controlar los precios que declaran los comerciantes en sus solicitudes de importación y detectar así el fenómeno de la sobrefacturación.

Por consiguiente, la División de Control de Precios del Incomex no expide actos administrativos de fijación de Precios, y mal podría hacerlo, cuando esos precios no dependen de su voluntad y escapan a su poder, puesto que son los que rigen en el mercado internacional.

Por consiguiente, no puede decirse que la División de Control de Precios del Incomex fije precios con carácter retroactivo, puesto que, como se ha dicho, ella se limita a recoger la información de lo que ha sucedido en el mercado internacional, informaciones de las cuales evidentemente no puede predicarse la nota de la retroactividad en el sentido de la ley.

En el caso sub judice, la División de Control de Cambios se limitó a dar varios precios internacionales; ella no fijó esos precios, sino que simplemente informó el hecho de que, según sus investigaciones, los precios internacionales de dichos productos habían sido los contenidos en los oficios. Por tanto, los oficios acusados, contentivos de informaciones de hechos, no violan los artículos 26, 28 y 85 de la Constitución ni el 43 de la ley 153 de 1887, puesto que dichos artículos ordenan que una norma jurídica no puede

tener carácter retroactivo, mientras que en los oficios acusados no se trata de normas jurídicas sino de la comunicación de hechos.

Siendo esto así, es evidente que las investigaciones sobre precios, contenidas en los ficheros de la División de Precios Internacionales del Incomex, no tenían que ser promulgadas, en el sentido del artículo 52 C.P.M., ni tampoco notificadas a los que puedan estar interesados, en el sentido del artículo 11 del decreto 2733 de 1959, por la razón de que si las normas pueden promulgarse y las resoluciones notificarse, los hechos no son susceptibles de tales procedimientos.

En síntesis, los oficios acusados son actos de comunicación de hechos, de un departamento administrativo a otro, referentes a precios de unos productos en el mercado internacional. No puede afirmarse que, en tales informes, se fijaron los precios de los productos, sino que más bien se dejó constancia de las investigaciones realizadas por la oficina informante.

Por consiguiente, tales informaciones solamente podrían desvirtuarse, demostrando que el contenido de los oficios acusados es erróneo o sea que el precio, que en él se comunica, no corresponde al precio real de los productos en el mercado internacional. Pero, como tal demostración no se ha hecho, no procede anular los actos acusados.

Por todo lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández *Lucrecio Jaramillo Vélez*
Alfonso Arango Henao *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 346-IV2/P7

ACTOS DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

PENSION DE LAS VIUDAS DE LOS CONGRESISTAS JUBILADOS. El art. 8o. de la ley 48 de 1962 dispuso: "Las viudas de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de 21 años, tendrán derecho a seguir percibiendo el 85o/o de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras las primeras permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad".

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., septiembre seis de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Eduardo Aguilar Vélez.**

El apoderado de la señora Inocenta Miranda vda. de Miranda en ejercicio de la acción de plena jurisdicción ha solicitado al Consejo que, previos los trámites correspondientes, se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es nula la resolución No. 1998 de marzo 31 de 1970 emanada de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se negó una pensión de viudez a la señora Inocenta Miranda vda. de Miranda.

"SEGUNDA. Que la señora Inocenta Miranda vda. de Miranda tiene derecho a percibir una pensión mensual en cuantía igual al 85o/o de la pensión que disfrutó el Dr. Ramón Miranda, en su condición de viuda de un miembro del Congreso".

"TERCERA. Que la Caja Nal. de Previsión Social está obligada a dar cumplimiento al fallo que se pronuncie dentro de los términos señalados en el art. 121 del C.C. Administrativo".

HECHOS:

Los hechos que sirven de fundamento a la acción fueron expuestos así en la demanda:

"1. El Dr. Ramón Miranda fue pensionado por la Caja Nal. de Previsión Social, como miembro del Congreso Nacional.

"2. El Dr. Ramón Miranda falleció en agosto del año de 1962.

"3. Al fallecimiento del Dr. Ramón Miranda, la Caja Nal. de Previsión Social reconoció y ordenó pagar a su viuda, la señora Inocenta Miranda, una pensión por dos años contados a partir del fallecimiento de su esposo.

"4. La señora viuda de Miranda no ha contraído nuevas nupcias y dependía económicamente de su esposo fallecido.

"5. En vigencia la ley 48 de 1962 mi comitente solicitó a la Caja Nal. de Previsión Social que se le reconociera el derecho a seguir percibiendo la pensión de viudez contemplada en el art. 8o. de tal estatuto.

"6. El 31 de marzo de 1970, mediante la resolución No. 1998 la Caja Nal. de Previsión, negó a mi mandante el derecho solicitado".

"7. La resolución 1998 de marzo de 1970 es violatoria de la ley 48 de 1962 (Art. 8o).

"8. La señora Inocenta Miranda vda. de Miranda tiene derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía igual al 85o/o de la pensión de que gozaba su marido fallecido, a partir del 15 de agosto de 1962".

Disposiciones violadas y concepto de la violación

Se citaron como violadas por la resolución ejuiciada el art. 8o. de la ley 48 de 1962 y el 27 del C. Civil.

La Caja Nacional de Previsión Social al dictar la resolución que se acusa violó el claro mandato del art. 8o. de la ley 48 de 1962, porque la señora Inocenta Miranda reunía todos los requisitos establecidos en esta norma para seguir percibiendo la pensión de que disfrutaba su marido. Este artículo se limitó a ampliar el término del beneficio consagrado ya en la ley 171 de 1961 para el cónyuge y los hijos de los jubilados fallecidos, en favor de la esposa e hijos de los congresistas.

Bien es cierto que al dictarse la ley 48 de 1962 ya el Dr. Miranda había fallecido, pero la locución empleada en la norma: "tendrán derecho a seguir percibiendo", indica sin lugar a dudas que a las viudas que estaban percibiendo la pensión al entrar en vigencia la ley, se les prorrogó el término para gozar de ella.

Se violó por lo mismo, también, el art. 27 del C. Civil porque no es viable "desatender el tenor literal cuando el sentido de la ley es claro".

Tramitado el juicio en legal forma, la Caja Nacional de Previsión apoderó a un abogado para que interviniera en él, pero no tuvo ninguna actuación. Por su parte la Fiscalía 4a. de la Corporación en su concepto de fondo, opina que la resolución que se acusa debe anularse y ordenarse el restablecimiento del derecho que se solicita.

Para resolver, la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

Está demostrado plenamente, y así lo admite la Caja Nacional de Previsión, que el señor Dr. Ramón Miranda fue jubilado en su calidad de congresista.

Se ha acreditado igualmente que a su fallecimiento la misma entidad reconoció a su viuda, señora Inocenta Miranda vda. de Miranda, el derecho a disfrutar, por dos años, de la pensión de que gozaba su marido, de conformidad con el art. 12 de la ley 171 de 1961.

Corresponde indagar, entonces, si es aplicable la ley 48 de 1962 al caso sub-judice. La discusión se plantea porque el Dr. Miranda falleció dos meses antes de entrar en vigencia la ley citada.

La Caja argumenta en este sentido, es decir, que como el jubilado falleció antes de entrar a regir la ley, no le es aplicable a la señora demandante.

Antes de entrar en vigencia la ley dictada en favor de las viudas e hijos de los congresistas, existía la norma general de la ley 171 de 1961 que en su art. 12, disponía:

"Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos según las reglas del art. 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes".

Por su parte el art. 8o. de la ley 48 de 1962 dispuso:

"Las viudas de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de 21 años, tendrán derecho a seguir percibiendo el 85o/o de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras las primeras permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad".

En varias oportunidades ha dicho esta Sala que cuando una norma de carácter laboral reconoce un derecho, amplía una prerrogativa o hace más beneficiosa una prestación social, ella se aplica en forma inmediata, por ser de orden público. Y se aplica a situaciones que no se han consolidado bajo el imperio de la legislación anterior, ello en virtud del principio de la retrospectividad de las normas laborales. En tal forma que cuando una situación jurídico laboral no ha sido resuelta y entra en vigencia una norma más favorable ella debe aplicarse en forma inmediata a la situación surgida con anterioridad.

Cuando a la señora Inocenta Miranda viuda de Miranda la Caja Nacional de Previsión le reconoció el derecho a disfrutar por dos años más de la pensión de que gozaba su marido, ya estaba en vigencia la ley 48 de 1962 y por lo mismo las disposiciones de esta ley le eran aplicables.

Pero es que además, los términos empleados en el art. 8o. que se dice vulnerado así lo disponen; En efecto: obsérvese como se expresa la norma: "las viudas de los miembros del congreso. . . tendrán derecho a seguir percibiendo el 85o/o de la pensión de que gozaban sus maridos fallecidos, mientras permanezcan en estado de viudez. . ."

De esta redacción se puede concluir que el legislador quiso favorecer a las viudas de los congresistas al ordenar pagarles la pensión de viudez en la cuantía del 85o/o de la que *gozaban sus maridos.* Gozaban cuando? Al entrar en vigencia la ley? No, obviamente, Debe entenderse de la pensión de que gozaban en vida y no de la que gozan al entrar a regir la ley.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, al emitir concepto de fondo, opina que el art. 8o. de la ley 48 de 1962 es aplicable al caso de la señora demandante, porque reúne todos los requisitos impuestos en la norma para tener derecho a la pensión que solicita.

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que la señora Inocenta Miranda vda. de Miranda tiene derecho a que se le reconozca la pensión de viudez que reclama. Pero como aparece en el expediente que solo solicitó la prestación el 24 de noviembre de 1969, (vr. fl. 143 de los antecedentes administrativos) quiere decir que solo tiene derecho a ella a partir del 24 del mismo mes del año de 1966, pues se ha operado el fenómeno de la prescripción con relación a las mesadas anteriores a esta fecha, ya que se aplica, obviamente, una prescripción de tres años, tal como lo disponen las normas sobre la materia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto de la Fiscalía Cuarta.

FALLA:

1. Declárase la nulidad de la resolución No. J-1998 de 31 de marzo de 1970, proferida por el Director de la Seccional Especial de Cundinamarca de la Caja Nacional de Previsión Social;

2. Como consecuencia de la nulidad anterior la Caja Nacional de Previsión Social reconocerá y pagará a la señora Inocenta Miranda vda. de Miranda una pensión mensual y vitalicia equivalente al 85o/o de la pensión de que gozaba su marido, Dr. Ramón Miranda Díaz Granados. Esta pensión se pagará desde el 24 de noviembre de 1966;

3. Declárense prescritas las mesadas anteriores a esta fecha.

4. La Caja dará cumplimiento a lo anterior dentro de los términos del art. 121 del C.C.A.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 3 de septiembre de 1971.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución del administrativo.

Rafael Tafur Herrán — *Eduardo Aguilar Vélez*
Nemesio Camacho Rodríguez — *Alvaro Orejuala Gómez*

Susana M. de Echeverri
Secretaria

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTO DE RENTA. *Deducciones a la renta bruta por pagos que hagan las sucursales o agencias establecidas en Colombia a sus casas principales o matrices domiciliadas en el extranjero.* **Según el artículo 11 de la Ley 63 de 1967, por excepción no son deducibles de la renta bruta los pagos que por comisiones, honorarios de administración o de dirección, asistencia técnica y explotación o atribución de intangibles, hagan las sucursales o agencias establecidas en Colombia a sus casas principales o matrices domiciliadas en el extranjero.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., septiembre trece de mil novecientos setenta y uno.

El doctor Jaime Arteaga Carvajal pide la nulidad y la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la circular número 22 DL/R del once de febrero de 1971 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Estima violados los siguientes preceptos: Artículo 182 del decreto 2521 de 1950; artículo 17, 23, 24 y 26 de la ley 81 de 1960; artículos 12, 18, 50, 52 y 182 del decreto 437 de 1961; artículo 15 del decreto 1366 de 1967; artículo 17 de la ley 63 de 1967 y artículos 46 y 48 del decreto 154 de

1968. (Hay error de cita en la demanda cuando se alude al decreto 347 de 1961).

Conviene transcribir el texto íntegro del acto acusado que es del siguiente tenor:

"Para su conocimiento y para que a su turno se sirva divulgarla convenientemente, tengo el gusto de transcribirle la siguiente Circular:

"El Artículo 11 de la Ley 63 de 1967 que sustituyó el Artículo 45 de la Ley 81 de 1960, establece que las filiales, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras no tienen derecho a afectar sus costos ni a deducir de su renta bruta suma alguna por concepto de gastos, comisiones y honorarios de administración o dirección, asistencia técnica, explotación o adquisición de intangibles pagada o reconocida a sus casas matrices u oficinas del exterior.

"El Artículo 45 del Decreto Reglamentario 154 de 1968 agregó, extralimitando la norma legal citada, que "las sumas rechazadas por estos conceptos, no serán gravadas a las casas matrices u oficinas en el exterior con el impuesto básico de renta ni con el complementario de exceso de utilidades".

"El Consejo de Estado, en providencia de Septiembre de 1969 suspendió en su totalidad el referido artículo y posteriormente lo declaró nulo, no obstante que la demanda contra él no se refirió a la parte transcrita. Decretada la nulidad de una norma reglamentaria, no puede aplicarse, ya que los efectos de tal medida son obligatorios *erga omnes*.

"De esta manera, a pesar del rechazo como deducción de los pagos hechos por las filiales, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras por los conceptos referidos, a sus casas matrices y oficinas en el exterior deben gravarse en cabeza de éstas.

"De acuerdo con las normas generales en materia fiscal dichos ingresos constituyen renta gravable en Colombia (Artículo 23 y 24 de la Ley 81 de 1960 y 18 y 182 del Decreto 437 de 1961). La Ley no desconoce la realidad de tales pagos, sino que a pesar de que se hagan dispone que no serán deducibles de la renta. Ahora bien, si tales pagos son reales es entonces lógico que se graven en cabeza del respectivo beneficiario, que en este caso es la sociedad extranjera.

"Siendo la sociedad filial, la sucursal o agencia una prolongación económica de la sociedad principal o matriz, es evidente que no deban aquellas hacerle pagos a éstas por los referidos conceptos, pues sería tanto como

cobrarse a sí mismas los gastos de su propia administración o dirección, de su propia asistencia técnica y de la explotación de sus propios bienes intangibles. De allí que la ley desconoció la calidad de costo o de deducción de tales pagos para controlar la evasión fiscal. Supone de este modo el legislador, en buena lógica, que tales pagos no corresponden a los gastos enumerados sino que tienen el verdadero carácter de un reparto anticipado de beneficios o de utilidades de la matriz o principal en la filial, sucursal o agencia.

"Las Oficinas Liquidadoras deben liquidar el impuesto sobre la renta de las referidas sociedades extranjeras, en la forma indicada; y las oficinas de Investigación deben proponer las liquidaciones de revisión oficiosa de las liquidaciones oficiales en las cuales no se tuvo en cuenta lo indicado en la presente circular, siempre que se encuentren dentro del término respectivo. Por otra parte, se ha de coordinar la instrucción anterior con la contenida en la Circular No. 00011 DL/R de enero 18 del presente año, sobre liquidaciones de aforo a sociedades extranjeras".

Entre las consideraciones de la demanda se encuentran las siguientes: '. . . el gravamen separado que se ordena liquidar en la circular cuya declaración de nulidad solicito, implica la presencia de una múltiple tributación sobre las mismas rentas, ya que se gravaría varias veces con el mismo impuesto la misma renta. En efecto, se grava a la sociedad extranjera con impuesto sobre la renta por las sumas recibidas como pago por servicios prestados a su sucursal colombiana; como esta suma no puede deducirse de la renta, la sucursal colombiana deberá pagar impuestos sobre la renta por esas mismas sumas; y nuevamente, como tales sumas no han sido deducidas, al liquidarse las utilidades que correspondan a la casa matriz, tales sumas estarán incluídas y serán gravadas nuevamente como rentas obtenidas en Colombia. (Ley 81 de 1960 artículo 26; decreto 437 de 1961 artículos 50 y 51)". Después de afirmar que los dividendos no pueden ser otros que los aprobados por la asamblea general de accionistas en vista de las utilidades que presente el balance, agrega: "Por consiguiente no puede gravarse un pago hecho por la sucursal colombiana a su casa matriz extranjera pretextando pago anticipado de dividendo, ya que ese no es gravable mientras no se cause y porque tales pagos no corresponden a una utilidad liquidada de acuerdo con los balances e inventarios de la sociedad aprobados por los socios, sino a conceptos que bien pueden no constituir renta gravable en Colombia de acuerdo con el artículo 182 del decreto 437 de 1961. La conclusión a que llega la circular acusada también es ilegal". También aduce que el acto acusado es nulo en cuanto llama la atención de los funcionarios liquidadores para tener en cuenta las instrucciones contenidas en anterior circular número 11 del 18 de Enero de 1971, que fue suspendida por el Consejo según auto del 30 de Marzo del mismo año.

Es cierto que según el artículo 11 de la ley 63 de 1967, por excepción no son deducibles de la renta bruta los pagos que por comisiones honorarios de administración o de dirección, asistencia técnica y explotación o atribución de intangibles, hagan las sucursales o agencias establecidas en Colombia a sus casas principales o matrices domiciliadas en el extranjero. Ordinariamente tales gastos se hacen mediante abonos en cuenta a favor de la casa matriz y como no son deducibles para obtener la renta líquida incrementan el valor de éstas y por tanto las utilidades finales en las que tenga participación la casa matriz.

Que estos gastos no sean deducibles de la renta bruta obtenida por la utilidad dentro del territorio colombiano no significa que sea renta líquida gravable para la oficina principal situada en el extranjero por varias consideraciones entre las que es suficiente mencionar una, constituída por la simple circunstancia de que al hacer la liquidación final del balance no resulte utilidad alguna aprovechable para los accionistas. Además, si se liquidan utilidades es claro que éstas serán mayores en cuanto sean menores las expensas deducibles y entonces ocurriría que si ya se pagó impuesto sobre tales expensas habría lugar a liquidar un nuevo por la misma renta lo que evidentemente contraría los preceptos que definen cómo se encuentra dicha renta líquida gravable que son el artículo 23 de la ley 81 de 1960 y el artículo 21 del decreto 437 de 1961.

Parece evidente que a primera vista surge contradicción flagrante entre las instrucciones contenidas en la circular demandada y los preceptos mencionados además de que repugna con los principios generales acogidos por nuestra ley como fundamento del impuesto sobre la renta. Es sorprendente que con el pretexto de dar cumplimiento a sentencias del Consejo de Estado que han declarado nulos algunos preceptos de orden reglamentario adoptados por el Gobierno, se den instrucciones por circulares cuyos efectos inciden directamente sobre los derechos de los contribuyentes porque concluyen en aumentos de la carga tributaria no sólo sin causa legal sino contra expresa y clara disposición de la ley. Desde luego es cierto también que es legalmente impertinente insistir en el cumplimiento de la circular número 11 de 18 de Enero de 1971 que fue suspendida por auto de 30 de Marzo del mismo año, aunque explicable porque la circular 22 ahora acusada es anterior al auto aludido.

En consecuencia se

RESUELVE:

1. Admítese la demanda.

2. Notifíquese al Fiscal.

3. Fíjese en lista por el término legal.

4. Suspéndese provisionalmente el acto administrativo contenido en la circular número 22/DL/R de 11 de Febrero de mil novecientos setenta y uno de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

5. Dése cuenta de lo resuelto al Director de Impuestos Nacionales y al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Notifíquese y cúmplase,

Miguel Lleras Pizarro.

Hernando Franco Rojas
Secretario

A 348-IV 65/PJ

INSTITUTO GEOGRAFICO "AGUSTIN CODAZZI"
(Oficina Seccional de Catastro del Valle)

IMPUESTO PREDIAL. Para que las maquinarias y enseres de una empresa puedan reputarse como inmuebles por destinación, para efectos del impuesto predial, es necesario que las mismas se hayan instalado para uso, cultivo y beneficio del fundo en el cual se hallan.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Bogotá, D.E., septiembre veintitres de mil novecientos setenta y uno.

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

Ref: Expediente No. 1416.

Ha pedido al Consejo la Sociedad "Sucroquímica Colombiana S.A.", por medio de apoderado especial constituído para tal efecto, la nulidad de las resoluciones D-90 de junio 28 de 1968 y DV-027 de 18 de febrero de 1970, dictadas ambas por el "Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Oficina Seccional de Catastro del Valle", y de la Tarjeta o Ficha Catastral contentiva del avalúo del predio 4675, ubicado en la Zona rural del municipio de Palmira y

de propiedad de la demandante. Así mismo, y como restablecimiento del derecho que considera violado por tales actos, pide se haga una nueva ficha catastral donde figure el mismo inmueble, sin incluir dentro de su avalúo catastral las maquinarias e instalaciones que en él tiene colocadas la sociedad actora; que se declare que la misma sociedad "Sucroquímica Colombiana S.A." no está obligada a pagar impuesto alguno liquidado con base en el avalúo de cuya nulidad se trata y, finalmente, que se declare que la misma sociedad actora tiene derecho a que se le restituya toda suma de dinero que haya pagado en exceso por concepto de impuestos nacionales, departamentales o municipales correspondientes al predio marcado con el número 4675 en el catastro del municipio de Palmira.

Los fundamentos de hecho en los cuales se sustenta la acción, son en síntesis, los siguientes:

Sucroquímica Colombiana S.A. es dueña y poseedora de un predio rural ubicado en el municipio de Palmira, predio que adquirió por el precio de $600.000.oo en compra realizada a "Central Tumaco. Delgado Salcedo & Cía.", según consta en la escritura pública 1912 de diciembre 17 de 1963, la cual se registró oportunamente. Ese predio cuya cabidad es de cincuenta plazas, se suscribe dentro de estos linderos especiales: "Sur, en parte con terrenos de la Granja Agrícola Experimental de Palmira, en trescientos veinte (320) metros con lote de la sociedad Colombiana de Mieles S.A. y en trescientos veinte (320) metros con terrenos de la hacienda El Porvenir de Adolfo Bueno Madrid, zona del Ferrocarril del Pacífico al medio en esta última parte; Norte, con extensión de setescientos siete metros (707) con predios de la misma sociedad vendedora; Oriente, en parte con terrenos de la Hacienda Santa Barbara de Miguel López y en parte con terrenos de la Granja Agrícola Experimental de Palmira; Occidente, con terrenos de la misma sociedad vendedora". El mismo fundo fué avalúado por el precio de la compraventa, pero el 12 de febrero de 1969, según certificado de esa fecha, se certificó bajo el número 8889 que por medio de la resolución D-90, ahora demandada, la Seccional de Catastro de Palmira, levantó su avalúo a $37.250.000.oo el que mereció el reclamo administrativo por parte de la sociedad demandante. Más tarde, los mismos apoderados dentro del presente negocio, recibieron mandato de la Sucroquímica Colombiana S.A., para adelantar la reclamación por la vía gubernativa, reclamación que culminó con la resolución DV-027, materia de acusación, que vino a confirmar el avalúo de $37.250.000.oo, dentro del cual se incorporaron por valor de $29.767.216.84, las "instalaciones varias y máquinas" que la dueña del terreno hizo y plantó dentro del predio materia de tal avalúo. La tarjeta o ficha catastral, también impugnada dentro de esta acción, es transcrita en los hechos de la demanda, y en ella aparecen discriminados los avalúos que totalizan $37.250.000.oo.

Estima el libelo que los actos acusados quebrantan al Código Civil en sus artículos 655, 656, 658, 660, 661, y 662, lo mismo que los 84 y 85 del Decreto 1301 de 1940, por las razones que en extenso expone el señor apoderado actuante doctor Uladislao Domínguez C. en el escrito de demanda. El doctor Carlos Ramírez Arcila, Fiscal 1o. de esta Corporación, en su vista de fondo, dice, en síntesis, que las maquinarias que fueron materia de visita ocular por parte de esta Sección del Consejo, no constituyen inmuebles por destinación y que por lo mismo, no deben ser tenidas en cuenta para efectos del avalúo catastral, lo que induce a la Agencia del Ministerio Público por él representada, a acordarse con la demanda, cuyas peticiones deben prosperar, según su concepto.

La Tarjeta o Ficha catastral, según el certificado 8889 de 12 de febrero, expedido por el Jefe de Catastro Municipal de Palmira, dice que Sucroquímica Colombiana S.A. aparece inscrita en el cuadro de catastro de ese municipio y correspondiente al año de 1968 con un predio de treinta y dos hectáreas, ubicado en la vereda de Palmaseca y distinguido con el número 4675, el que ha sido valorado así:

TERRENO	$805.320.oo
ELEMENTOS PERMANENTES	13.549.oo
CONSTRUCCIONES	6.679.912.62
INSTALACIONES VARIAS	29.767.216.85
TOTAL	$37.266.998.45

Suma que sirvió de base para fijar un avalúo oficial definitivo de treinta y siete millones doscientos cincuenta mil pesos ($37.250.000.oo) avalúo que ha sido objetado por la demanda, por cuanto en él no deben figurar como efectivamente figuran, los $29.767.216.84, porque "legalmente no pueden ser considerados como 'inmuebles por destinación' para los efectos del citado avalúo".

Son inmuebles por destinación, según las voces del artículo 658 del C.C., aquellos bienes que siendo muebles por su naturaleza, han sido destinados de manera permanente, "al uso y beneficio de un inmueble' , a pesar de que pueden separarse del mismo sin detrimento alguno. Desde luego, esa destinación debe ser exclusiva para el uso del predio, para el cultivo del mismo, o para beneficio del inmueble por naturaleza, por lo cual el bien destinado a él, viene a convertirse en un accesorio del mismo.

Económicamente hablando, y es preciso recurrir a este concepto para el esclarecimiento del problema planteado, ¿cuál de los bienes materia de avalúo es más importante por su precio, elemento indispensable para la fijación de la valorización que servirá de base a la tasa del catastro? Si se tiene en

cuenta la finalidad o el objeto de la empresa, que está destinada a la preparación de materias químicas extraidas en su mayor parte de la melaza de la caña de azúcar, será preciso concluir que lo más importante para la producción industrial propuesta, es la maquinaria que sirve para la transformación' por medios químicos, de las materias primas de origen vegetal. Parece que este criterio ha sido el orientador de la Oficina Seccional de Catastro de Palmira, pues, a juzgar por los avalúos hechos a todos los bienes de propiedad de Sucroquímica Colombiana S.A., para esta Oficina tiene más valor económico las instalaciones varias y las máquinas que el mismo terreno con sus elementos permanentes y sus construcciones, pues, mientras aquellos fueron estimados en más de 29 millones y medio de pesos éstos apenas fueron valorados en conjunto en siete millones cuatrocientos mil pesos, en números cerrados. Indudablemente, por este aspecto, lo principal vienen siendo las maquinarias y sus instalaciones y lo accesorio los verdaderos inmuebles por naturaleza que fueron descompuestos dentro del avalúo en tres partidas diferentes. Confirma esta apreciación de la Sala la nota que aparece en el Certificado 8889, cuando dice que "¿el predio mencionado (refiere al 4675 fue revaluado por la comisión de Catastro Nacional. . . ? , la cual fue inspirada por el criterio económico a que se viene haciendo alusión.

No se puede afirmar que las maquinarias que Sucroquímica Colombiana S.A. tiene dentro del predio de su propiedad fueron colocadas allí para uso o para beneficio del mismo. Está más acorde con la realidad, y ello fue constatado por la Sala en la Inspección Ocular que practicó, que es, dejando el criterio económico a un lado, más importante para la empresa su maquinaria, sus instalaciones y sus laboratorios, que el predio mismo, el cual por tal razón, perfectamente puede decirse, sin lugar a errores o a dudas, que es lo secundario o lo accesorio, siendo lo principal las instalaciones que son fundamentales para la producción pretendida por la sociedad, producción que no se podría lograr con el solo predio, pero si con las solas maquinarias instaladas en cualquiera otro sitio, propio o ajeno.

Es criterio generalizado entre los tratadistas del derecho civil, y la jurisprudencia lo ha compartido, que dentro de la esencia misma de los bienes inmuebles por destinación está el ser accesorio, esto es, que se convierte en complementos de los inmuebles por naturaleza a los cuales se destinan. Por ello, la destinación para el uso, cultivo o beneficio, debe ser el factor anímico esencial y determinante para que tales muebles se conviertan en inmuebles, pues, se estima que lo principal es el suelo y lo accesorio el mueble. De ahí que la destinación siempre se hace en interés o en beneficio del inmueble por naturaleza, puesto que éste es lo principal, esto es, lo mas importante lo de mayor consideración, lo de más trascendencia, mientras que el mueble es lo accesorio. Sin esta nota característica, la de ser accesorio, no se puede hablar de inmuebles por destinación, porque como se ha visto, este elemento es de la esencia misma de esta clase de bienes.

En el caso de autos se estableció por medio de una inspección ocular, por un dictámen pericial y por un documento público, la escritura 2680 de octubre 3 de 1964 otorgada ante el Notario 2o. de Palmira, que la mayor parte del predio de propiedad de Sucroquímica Colombiana Ltda. (40 de 50 plazas) está destinada por su propietario a darlo en arrendamiento a otra sociedad que se dedica a explotarlo agrícolamente; mientras que una quinta parte del mismo predio lo utiliza su verdadera dueña para el funcionamiento de una industria que, según certificado que obra a folios 8 del expediente, tiene por objeto 'la transformación, exportación, distribución, compra y venta de todos aquellos productos químicos primarios obtenidos de la transformación a base de procesos químicos o biológicos del azúcar, de las mieles de caña de azucar o del bagazo de las mismas, producidas en el país y la transformación de estos productos químicos primarios con otros productos químicos, distintos del alcohol etílico, los licores y el vinagre corriente". En tales circunstancias, necesariamente resulta y a esa conclusión llega la Sala, que las maquinarias que sirven para la explotación del objeto principal de esa sociedad, no están para beneficio del predio, ni para uso, ni para explotación del mismo; que esas maquinarias, ya se ha visto, son estimadas aún por la oficina de catastro como más valiosas que el predio mismo y que por lo tanto no pueden ser consideradas, económicamente hablando, como accesorias del predio; que esas maquinarias y sus montajes son más importantes, más considerables por todo aspecto, dentro del proceso industrial que se propone la propietaria de la empresa, que los otros bienes de su propiedad, todo lo cual conduce, necesariamente, a la afirmación de que jamás podrán considerarse como bienes accesorios de un predio que en el caso de estudio no puede considerarse como lo principal. Y si ello es así, y si tal cosa sucede en el caso sub judice, necesario será también concluir que esas instalaciones y maquinarias no podrán ser reputados para ningún efecto, como bienes inmuebles por destinación, por que uno de los elementos característicos de esta clase de bienes no aparece y sin ese elemento no se puede estructurar la figura jurídica de los inmuebles por destinación.

Sin que se tome como redundancia, es bueno hacer resaltar que los señores peritos que actuaron dentro del juicio, en dictamen acorde y no tachado en el curso de la litis, dijeron, después de analizar una serie de factores que sirvieron de premisas a su conclusión, que "con fundamento en las anteriores consideraciones, somos de concepto que las maquinarias e instalaciones industriales a que se refieren las Resoluciones Nos. D-9 de 28 de julio de 1968 y DV-027 de 18 de febrero de 1970 proferido por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' Oficina Seccional de Catastro del Valle, y de propiedad de la sociedad 'Sucroquímica Colombiana S.A.' no han sido instaladas en el lugar donde se encuentran para el uso, cultivo y beneficio del predio".

Es bueno además repetir con el señor Fiscal que "sobre la cuestión planteada ha tenido oportunidad de pronunciarse repetidamente el Honorable

Consejo de Estado y en forma constante y uniforme ha sostenido que para que las maquinarias y enseres de una empresa puedan reputarse como inmuebles por destinación, para efectos del impuesto predial, es necesario que las mismas se hayan instalado para uso, cultivo y beneficio del fundo en el cual se hallan".

Efectivamente, la jurisprudencia de esta Corporación que coincide en estas interpretaciones con la dada por la Corte Suprema de Justicia, a las normas legales que informan sobre los inmuebles por destinación, ha sido muy clara, repetida y constante, en el sentido que anota el señor Agente del Ministerio Público en el aparte de su vista que se ha dejado transcrita. Por ello, esta misma Sala en sentencia de 13 de agosto de 1970 sintetizó con ponencia del Consejero Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, el pensamiento de esta Corporación a través de distintos fallos recaídos sobre esta misma materia. Y posteriormente, esta Sección, con ponencia del mismo Consejero Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, en sentencia más reciente aún, pues, lleva fecha 8 de septiembre de 1970, dijo sobre el particular, al hacer las consideraciones de derecho que sustentaron su fallo.

> "La interpretación del artículo 658 y concordantes del Código Civil ha sido hecha en numerosas ocasiones y de una manera uniforme por el Consejo de Estado. Esta interpretación puede resumirse así: cuando un objeto, que por su naturaleza es mueble, está colocado permanentemente para el uso, cultivo y beneficio del inmueble, ese objeto es considerado por la Ley como haciendo un solo cuerpo con el inmueble al cual sirve y se llama inmueble por destinación. En cambio, si el objeto mueble por naturaleza está simplemente colocado sobre el inmueble pero sin estar destinado a su uso, cultivo y beneficio, ese objeto conserva su calidad de mueble. *Este precisamente, es el caso, en general, de las maquinarias y equipos industriales, los cuales desempeñan funciones muy distintas de uso cultivo y beneficio del terreno sobre el cual están colocados".* (Se subraya ahora).

El artículo 658 del Código civil Colombiano, al referirse a los inmuebles por destinación, sienta un principio y luego trae seis ejemplos, más o menos afortunados. Lo esencial es el principio, lo accesorio, los ejemplos. Lo lógico es razonar a partir del principio hacia los ejemplos y no viceversa. O dicho de otro modo, los ejemplos han de interpretarse de acuerdo con el principio y no al contrario.

El principio es el siguiente: "se reputan inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sinembargo de que puedan separarse sin detrimento"

Para que un mueble por naturaleza se convierta en inmueble por destinación se necesitan los siguientes requisitos:

1. Que el dueño del mueble sea a la vez dueño del inmueble. Si el mueble pertenece a un dueño distinto, aunque esté al servicio del inmueble, conserva su verdadera naturaleza.

2. Que el mueble esté puesto en el inmueble de una manera permanente. En cualquier momento, el dueño del mueble puede desafectarlo y, entonces, éste retorna inmediatamente a su antigua y verdadera naturaleza. Esta desafectación puede hacerse, por ejemplo, en el momento del acto jurídico de disposición, diciendo que los aperos de la labranza o minería, verbi gratia, no quedan comprendidos en el legado, la venta o la hipoteca de la finca en donde están colocados. Y estas cláusulas son perfectamente válidas.

3. Que el mueble esté destinado por su dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble.

La expresión ' uso, cultivo y beneficio" es una expresión unitaria, que los gramáticos llaman endiadis y que consiste en expresar una idea, que podría expresarse con un solo sustantivo, con varios sustantivos de significado similar. Por ejemplo, para decir civilización se dice la humanidad y la cultura.

En el caso presente, la expresión "uso, cultivo y beneficio" expresa la idea de que el mueble está al servicio del inmueble, como la yunta de bueyes o el tractor están al servicio de la hacienda cuyos campos aran, pero como no están los ganados de engorde ni las maquinarias industriales que, si bien se sirven *del suelo* no le sirven a él. Porque una cosa es servirse del inmueble y otra muy distinta es servir al inmueble. Y lo que el artículo 658 exige es que el mueble sirva al inmueble y no lo contrario.

De los seis ejemplos que trae el artículo 658, solamente interesa el ejemplo No. 5, que dice así: "Las prensas, Calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño".

Para que estos objetos puedan ser inmuebles por destinación, además de los requisitos generales, se necesitan que adhieran al suelo y pertenezcan al dueño de ésta.

Hay varias maneras de interpretar este numeral 5o.:

a) Hay una interpretación, que para la Sala es la única válida, que concuerda con el principio general sentado en el artículo 658. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que, además de adherir al suelo y pertenecer al dueño de éste, están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir al servicio de él.

Si esto es así, es preciso estudiar, en cada caso concreto, si la maquinaria que hace parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, está también destinada por el dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir a su servicio, o no lo está. En caso de que la maquinaria llene los tres requisitos enumerados, en el sentido que se les da en esta providencia, ella es un inmueble por destinación. Si falta cualquiera de los tres requisitos, la maquinaria es un simple mueble.

b) Hay otra interpretación que para la Sala es incorrecta. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que, forman parte un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de ésta, se sirvan del suelo como soporte. Es decir, en esta interpretación, la expresión "uso, cultivo y beneficio", es completamente inocua, puesto que es evidente que toda maquinaria tiene que servirse del suelo, tiene que apoyarse a él. Por consiguiente, esta interpretación prescinde del tercer requisito, indicado por la ley.

A modo de ver, de la Sala, esta interpretación es incorrecta por los siguientes motivos:

1. Porque trata de dar al ejemplo número 5 una autonomía que la ley no quiere darle;

2. Porque desvirtúa claramente el sentido de la expresión "uso, cultivo y beneficio", ya que el genuino sentido de esa expresión es el de que los muebles sirvan al inmueble y no viceversa;

3. Porque, con esta interpretación, se llega a unas consecuencias fiscales injustas, como más adelante se verá.

El impuesto predial está establecido en favor de los municipios y grava a los propietarios de inmuebles situados dentro de los límites municipales. En pura lógica y teniendo en cuenta que las disposiciones legales solamente gravan los inmuebles, también deberían considerarse gravados los verdaderos inmuebles, o sea el suelo y los edificios sobre el construídos, y no los inmuebles por destinación, que, en realidad, son muebles y que solamente una ficción del legislador considera inmuebles, en orden de alcanzar fines muy distintos de los fiscales.

Sin embargo, no se discutirá que los inmuebles por destinación estén también sujetos al impuesto, ya que así lo disponen algunas normas especiales, pero, como esas mismas normas se refieren al concepto que de inmuebles por destinación dá el artículo 658 del Código Civil, se tiene que volver siempre a la recta interpretación de este artículo, que, a juicio de la Sala, es la interpretación del literal a) de este estudio.

Véase, ahora, las consecuencias fiscales injustas que conlleva la interpretación indicada al literal b) de este estudio.

En efecto, si se adopta el criterio de que la maquinaria de un establecimiento industrial es inmueble por destinación por servirse del suelo en que está colocada, por estar adherida a él y por pertenecer a un mismo dueño, se llega a una conclusión fiscal, que se resumen en el siguiente cuadro:

1. Dueño de maquinaria simplemente colocada en suelo ajeno, no paga el impuesto;

2. Dueño de maquinaria *colocada* en suelo propio, no paga el impuesto;

3. Dueño de maquinaria adherida en suelo ajeno, no paga el impuesto;

4. Dueño de la maquinaria *adherida* en suelo propio, paga el impuesto.

Es una manera completamente arbitraria e injusta de distribuír el impuesto predial.

Por el contrario, si se adoptara el criterio de que el inmueble por destinación es aquél que, además de pertenecer al dueño del suelo y de estar adherido permanentemente a este, está destinado por su dueño al servicio del inmueble, tendremos siempre una solución igual, o sea que solamente pagan el impuesto predial aquellos bienes muebles por naturaleza, que su dueño ha adherido permanentemente a un predio suyo para el *servicio* de éste y no para otros fines.

Dos ejemplos finales aclaran lo dicho:

1. Si el dueño de una mina coloca, en ella, de una manera permanente y con el fin de acarrear los materiales sacados de la mina una serie de vagones, esos vagones están al servicio de la mina y son, por consiguiente, inmuebles por destinación.

2. Por el contrario, si el dueño de un microscopio electrónico lo coloca en un edificio, para explotarlo económicamente, nadie pretendería que ese microscopio electrónico es un inmueble por destinación; y no lo es, por la sencilla razón de que no está destinado al servicio del inmueble, aunque evidentemente tenga que apoyarse de él.

Por último, es preciso considerar que los establecimientos industriales y comerciales, como tales, además del impuesto sobre el patrimonio, pagan a los respectivos municipios, el impuesto de industria y comercio. Ahora bien, si la maquinaria perteneciente a una industria al quedar englobada en el

avalúo de la tierra para efectos de la liquidación del impuesto predial, se llega al resultado injusto de que una misma maquinaria va a ser gravada dos veces por la misma causa, contra todas las reglas de una buena organización hacendística y fiscal.

Sobre la ficha catastral debe observarse que los gastos que ella debe contener al ser elaborada por el Instituto Agustín Codazzi u otra oficina encargada de esa función tiene por que haya completa *descripción económica* de los inmuebles, en especial para el efecto de los datos que deben conservarse en las oficinas de registro de instrumentos públicos y privados. Por tanto los mandatos de los decretos 2155 y 2250 de 1970 no pueden entenderse como aplicables para los efectos del impuesto predial.

Nadie construye una instalación industrial costosa y complicada con el solo fin de aumentar el precio de la tierra. Por tanto en las empresas industriales el valor del terreno es meramente accidental desde el punto de vista del objeto social de la industria. El suelo es lo accesorio, lo que accede a lo principal que es la instalación para industria, y no al contrario.

Los immuebles por destinación deben computarse para los efectos del impuesto predial cuando sus objetivos son facilitar o mejorar la explotación del terreno. Desde el punto de vista tributario, para los fines del impuesto sobre el patrimonio, la maquinaria y demás instrumentos industriales van disminuyendo de valor año por año mediante la aplicación de las cuotas de amortización que son aceptables según la vida probable de las máquinas. Este sistema sería prácticamente imposible de aplicar para el impuesto predial porque los avalúos catastrales no se harán por anualidades y si para el impuesto sobre patrimonio debe adoptarse la cifra catastral sería imposible reconocer las desvalorizaciones resultantes del uso de la maquinaria. Esta congruencia fiscal es razón poderosa para desechar la noción de inmueble por destinación en cuanto a las instalaciones industriales que no tienen por fin la mejor explotación del terreno.

Para suplir estas dificultades y simultáneamente no perjudicar los fiscos locales fue para lo que se concibió el impuesto de industria y comercio.

Aunque la ley pueda adoptar el sistema de múltiple tributación sobre el mismo objeto o la misma fuente, sin inconveniente constitucional, en el caso del catastro no existe este mandato legal ni seria conveniente y por ello se han establecido dos fuentes fiscales distintas: la que grava el terreno y la que grava la explotación industrial respecto de la cual el terreno es accidente accesorio inevitable.

Sería fácil eludir el pago del impuesto predial liquidado con la inclusión del valor de las industrias construídas sobre el terreno mediante el simple

mecanismo de transferir la propiedad del suelo a personas o sociedad subsidiaria y pagar a ésta arrendamiento más o menos simbólico por su utilización para el establecimiento de la empresa industrial.

Aunque la doctrina jurídica relativa a los inmuebles por destinación no se concibió desde el punto de vista fiscal sino para resolver los problemas inherente a las obligaciones surgidas de los contratos de compraventa y de hipotecas, tampoco ha sido incompatible para la celebración de contratos de prenda aunque la maquinaria se haya destinado a la explotación permanente de la actividad industrial y aunque esté adherida al suelo. Si en Francia y en otros países esta doctrina se ha extendido para darle validez fiscal ello podría explicarse porque con los países desarrollados la industria manufacturera es fuente principal como contribución al producto bruto y también al producto nacional bruto con oposición a lo que ocurre en los países menos desarrollados en los que la fuente principal de su producto se origina en la actividad agropecuaria. Hacer interpretaciones legales que conduzcan a desestimular el desarrollo industrial es contrario a la necesidad social y sólo sería admisible en vista de mandato legal y expreso, que por otra parte, en colombia sería evidentemente inconveniente.

Aunque los porcentajes de participación del sector agropecuario y del de la industria manufacturera han variado un poco de 1957 a 1970, computados en pesos constantes de 1956 el predominio del sector agropecuario sigue siendo notable. La contribución de ésta última 1957 es de 34.3o/o y en 1970 de 27.3o/o. El de la industria el primer año fue de 17.0o/o y en el último de 19.9o/o, apenas ligeramente superior a la participación del comercio y desde luego inferior y se suman el comercio los transportes y los seguros y otras actividades financieras, es decir los servicios excluidos los personales y los del gobierno.

La idea que existe acerca de la gran rentabilidad del sector manufacturero no corresponde a la verdad y al contrario los rendimientos de las acciones inscritas en la Bolsa de Bogotá enseñan lo contrario. Aunque en pesos corrientes, los siguientes ejemplos sirven para medir la afirmación hecha. La tasa de rendimiento promedio anual, en Eternit Colombiana pasó de 1967 a 1971 de 11.8o/o a 6.7o/o. La Cervecería Andina de 9.4o/o a 3.8o/o; la de Bavaria de 16.7o/o a 13.4o/o; la de Cemento Samper de 12.4o/o a 7.0o/o; la de Confecciones Everfit de 17.7o/o a 8.6o/o. Este decrecimiento es más espectacular si se observa la baja vertical que todas las acciones inscritas en bolsa tuvieron durante los seis primeros meses de 1971 lo que indica que la tasa porcentual de rendimiento ha decrecido extraordinariamente a pesar del simultáneo decrecimiento del valor comercial de la acción.

Si el mayor problema que afronta el país es desde varios años el del desempleo se seguirá aumentando aunque se detuviera o disminuyera el rit-

mo de crecimiento de la población por el sólo efecto de las mejoras en la explotación comercial del sector agropecuario, fenómeno inevitable y además deseable. Tal desempleo por sobrante de trabajadores rurales sólo puede observarse por la industria tanto manufacturera como de construcción y por los servicios. En los doce años transcurridos de 1953 a 1968 el número de personas empleadas en la industria manufacturera tan solo aumentó en 103.283 unidades, es decir bastante menos de diez mil personas al año lo que resulta dramático si se recuerda que por el solo incremento natural de la población el país debería ofrecer no menos de doscientos cincuenta mil empleos anuales.

En resumen, cualquier interpretación legal que conduzca a desestimular el crecimiento industrial es nociva para la prosperidad económica del país y para el bienestar social.

Si la productividad del sector rural mejora como es lo deseable y si el volumen bruto de la producción agropecuaria supera, como debería, las necesidades del mercado interno, el número de personas excedentes que hoy se ocupan en actividades campesinas aumentará considerablemente y los nuevos empleos deberán ser administrados por la industria y por los servicios.

Desde el punto de vista fiscal general el Estado recibirá beneficios a corto plazo en cuanto la rentabilidad industrial sea incrementada. Desde el punto de vista de los fiscos municipales hay dos gravámenes bien diferentes que son el predial y el de industria y comercio.

En las fichas catastrales para los efectos civiles y para los de inventario de los bienes nacionales debe ser útil el avalúo de las industrias instaladas sobre el suelo pero jurisprudencialmente lo que corresponde a los valores de los llamados inmuebles por destinación debe concluirse para el efecto del impuesto predial propiamente dicho.

Después de todo cuanto se ha dicho en esta providencia, es preciso concluir que los actos demandados son violatorios de las disposiciones superiores de derecho que fueron invocadas por la demanda, y que ese quebranto es suficiente para producir, sin necesidad de más consideraciones al respecto, un fallo anulatorio de las mismas.

Consecuente con lo dicho, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. Se declaran NULAS las siguientes Resoluciones:

a) Resolución No.D-90 de 1968 (junio 28) dictada por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi'), Oficina Seccional de Catastro del Valle, ' por la cual se aprueba la actualización del Catastro Jurídico Fiscal de la ZONA RURAL PLANA del municipio de Palmira' , pero únicamente en cuanto esa resolución hace referencia al predio marcado con el número 4675 de propiedad de Sucroquímica de Colombia S.A., para efectos de la liquidación y cobro del impuesto predial, pues para los demás fines que preve el Decreto 1301 de 1940, ella si tiene validez legal.

b) Resolución DV-027 de 1970 (febrero 18) dictada por el Director de la Oficina Seccional de Catastro del Valle, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y ' por la cual se falla una reclamación", en cuanto ella confirmó para efectos de la liquidación y cobro del impuesto predial, el avalúo de $37.250.000.oo destinado al predio 4675, ubicado en la zona rural de Palmira e inscrito en el Catastro a nombre de Sucroquímica Colombiana S.A.

Segundo. Se declara, asi mismo, que es NULO el avalúo contenido en la tarjeta o ficha catastral correspondiente al predio número 4675 de propiedad de Sucroquímica Colombiana S.A., en cuanto se le tenga como base para la liquidación y cobro del impuesto predial correspondiente a ese fundo. Para dicho efecto solo podrán computarse en el avalúo del inmueble las siguientes partidas:

TERRENO	$ 806.320.oo
ELEMENTOS PERMANENTES	$ 13.549.oo
CONSTRUCCIONES PERMANENTES	$ 6.679.912.62
TOTAL	$ 7.499.781.62

TERCERO. Exclúyase el valor de las instalaciones varias y máquinas" del avalúo prácticado por la Comisión de Catastro Nacional al predio 4675 del Municipio de Palmira correspondiente al año de 1968 y de propiedad de Sucroquímica Colombiana S.A., para los efectos de liquidación y cobro de los impuestos catastrales. En consecuencia, a partir del primero de julio de 1968 y para los efectos fiscales, TENGASE COMO AVALUO del predio 4675 ya relacionado, la suma de $7.499.781.62, siete millones, cuatrocientos noventa y nueve mil, setecientos ochenta y un peso con sesenta y dos centavos.

CUARTO. Dentro de los treinta días contados desde la ejecución de esta sentencia, y de conformidad con el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, (Ley 167 de 1941), el Instituto Geográfico Agustín Codazzi por conducto de la Oficina Seccional de Catastro del Valle o por quien haga sus veces, procederá a tomar las medidas necesarias para ajustar el avalúo en

la forma decretada y para acondicionar la ficha catastral correspondiente al predio 4675 de propiedad de Sucroquímica Colombiana S.A. al contenido de esta providencia.

QUINTO. A partir del día primero de julio de mil novecientos setenta y ocho, la sociedad Sucroquímica Colombiana S.A., no está obligada a pagar impuesto alguno que se liquide y cobre con base en el avalúo de treinta y siete millones doscientos cincuenta mil ($37.250.000.oo que se ha anulado y que corresponde al predio 4675 en el catastro del municipio de palmira, cuya alinderación, situación y propiedad se han expresado en la parte motiva de esta sentencia, pues sus obligaciones fiscales se limitaron al avalúo de $7.499.781.62 dado en esta sentencia.

SEXTA. Como consecuencia de la declaración contenida en el punto quinto de este fallo, la sociedad demandante Sucroquímica Colombiana S.A. tiene derecho a que se le restituyan todas las sumas de dinero que haya pagado, a partir del 1o. de julio de 1968, con base en el avalúo que se anula y por concepto de impuestos, Nacionales, departamentales o municipales, puesto que tales cantidades, sólo podrán ser liquidadas con base en el avalúo que se ha fijado en esta sentencia que es de siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil, setecientos ochenta y un peso con sesenta y dos centavos ($7.499.781.62) y no de treinta y siete millones doscientos cincuenta mil pesos ($37.250.000.oo).

Se deja constancia de que el proyecto correspondiente a este fallo se leyó, discutió en las sesiones varias de la Sala Primera, luego circuló entre los Consejeros y finalmente se aprobó en Sala Plena, según consta en las actas correspondientes.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Juan Hernández Sáenz *Alfonso Arango Henao*

Osvaldo Abello Noguera *Eduardo Aguilar Vélez*

Nemesio Camacho Rodríguez *Alfonso Castilla Sáiz*

Jorge Dávila Hernández (Con salvamento de voto) *Hernando Gómez Mejía*

Lucrecio Jaramillo Vélez *Miguel Lleras Pizarro*

Humberto Mora Osejo (Con salvamento de voto) *Alvaro Orejuela Gómez*

Carlos Portocarrero Mutis *Gabriel Rojas Arbeláez*

Gustavo Salazar Tapiero *Hernando Franco Rojas* *Rafael Tafur Herrán*

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la opinión mayoritaria de nuestros colegas, nos permitimos disentir tanto de la parte motiva como resolutiva de la anterior sentencia, con fundamento en las razones que a continuación se exponen.

Para un mejor análisis del problema planteado, dividimos nuestra exposición así:

I. Régimen de derecho público de la formación del catastro.

II. El caso sub-judice a la luz del Código Civil.

III. Los criterios de interpretación de la ley expuestos en la sentencia.

IV. Aspectos procesales.

V. Conclusiones.

I. Régimen de derecho público de la formación del catastro.

1. La sentencia omite las normas de derecho público. El fallo no analiza, más aun, ni siquiera menciona las normas de derecho público que reglamentan la formación del catastro, particularmente las relativas a la fijación del avalúo de un inmueble industrial, no obstante que la resolución acusada número DV-027 de 1970, proferida por la Oficina Seccional del Catastro del Valle, se funda en ellas para negar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra el avalúo determinado por la Comisión de Catastro, a fin de que se excluyeran del mismo "las maquinarias e instalaciones varias". Se ha incurrido en esta omisión a pesar de que el problema objeto del litigio debió analizarse primordialmente conforme a las normas del derecho público, máxime cuando el actor señala como violadas algunas de ellas.

2. *Las normas de derecho público.* Las principales disposiciones pertinentes al caso sub-judice, son las siguientes:

a) Ley 65 de 1939:

"ARTICULO 1o. Con el fin de unificar los sistemas y de preparar la organización del catastro nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de la Sección Nacional de Catastro, *tendrá la dirección técnica y el control del catastro en toda la República".* (se subraya).

"ARTICULO 2o. Queda autorizado el Gobierno Nacional para dictar normas que establezcan la debida conexión entre las Oficinas de Registro y las nuevas organizaciones catastrales".

"ARTICULO 3o. El ejercicio de la dirección técnica en materia catastral, *comprende la facultad de dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, los factores que deben tomar en cuenta para el avalúo de las fincas, etc".* (se subraya).

"ARTICULO 4o. En cada una de las capitales de los Departamentos y de las Intendencias y Comisarías funcionará una oficina de catastro costeada por la respectiva sección. Esta oficina actuará bajo la dirección técnica del Ministerio de Hacienda o de un representante de éste".

b) Decreto 1301 de 1940:

"ARTICULO 6o. Serán objetivos principales del catastro:

1. La determinación físico-jurídica de los límites de la propiedad inmueble en beneficio de los propietarios;

2. El levantamiento de un inventario general o censo de la propiedad en la República;

3. El establecimiento de la carta militar del país,

4. La preparación de una reforma en los actuales sistemas de registro y matrícula de los bienes raíces; y

5. La determinación del valor económico de la propiedad territorial, que permita conocer la riqueza inmueble del país y *fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial".* (Se subraya).

"ARTICULO 8o. La descripción económica comprenderá todos los datos científicos y estadísticos necesarios para el *avalúo oficial de los predios,* tomando en cuenta no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, y además las variaciones que en dicho valor introduzcan las servidumbres positivas y negativas existentes, todo de conformidad con lo previsto en los artículos 83 y siguientes del presente Decreto". (Se subraya)...

"ARTICULO 84. En el *avalúo* oficial de los inmuebles quedarán comprendidos:

a) El valor de los inmuebles propiamente dichos;

b) El valor de las cosas corporales consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, de conformidad con los artículos 656, 657, 658, 660 y 661 del

Código Civil; *en cuanto dichas cosas quedan cobijadas por los artículos 85 y siguientes del presente decreto:*

c) El valor de ciertas servidumbres positivas y negativas que tengan una repercusión económica sobre el inmueble". (Se subraya).

. . .

"ARTICULO 85. Para todos los efectos del presente Decreto sólo se consideran como "cosas corporales inmuebles" las partes *integrantes* y las *accesorias* que pertenezcan al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, al cultivo o beneficio del inmueble, tales como: edificios y construcciones con sus accesorios, plantas, *instalaciones industriales, máquinas, etc".* (Se subraya).

"ARTICULO 86. Se entenderá por partes integrantes del inmueble, aquellas cosas corporales muebles como consecuencia de la utilización económica del inmueble, no presenta calidad independiente y hacer parte de él.

Las máquinas deberán considerarse como partes integrantes de una construcción:

a) Cuando forman parte de la misma y hagan posible su utilización económica, por ejemplo: el sistema de calefacción en una casa de habitación, las turbinas en una planta generadora de fuerza eléctrica;

b) Cuando su remoción no sea posible sin la destrucción o deterioro de la construcción o de la máquina".

"ARTICULO 87. Se entenderá por partes accesorias aquellas cosas corporales muebles *que no pueden separarse del inmueble sin producir modificaciones en su utilización económica.* o bien, que deben adicionársele para hacer posible dicha utilización". (Se subraya).

"ARTICULO 88. Con el objeto de distinguir lo que deberá comprenderse como partes integrantes y accesorias de los inmuebles, éstos se clasificarán en cinco categorías principales, según su destino o utilización económica, a saber:

1. Inmuebles urbanos.

2. Inmuebles agrícolas.

3. Inmuebles de recreo.

4. *Inmuebles industriales.*

5. Inmuebles cuyo subsuelo sea explotado. (Minas)" (Se subraya).

PARAGRAFO. El Instituto Geográfico Militar y Catastral hará, a título de ejemplo, una lista de algunas de las partes integrantes y accesorias de cada una de las categorías de inmuebles enunciadas".

"ARTICULO 112. *Los inmuebles industriales*: y aquéllos cuyo subsuelo se explote y cuyo valor sea superior a $250.000.oo, serán avaluados por una comisión especial que se integrará así: . . . " (se subraya).

c) Decreto Ley 1250 de 1970:

Capítulo XII. Funciones y efectos del catastro".

"ARTICULO 74. La descripción económica comprenderá todos los datos científicos y estadísticos necesarios *para el avalúo oficial de los predios,* tomando en cuenta no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, las variaciones que en dicho valor introduzcan las servidumbres activas y pasivas existentes, y en general todos los hechos que puedan influir en su valor". (Se subraya).

d) Decreto Ley 2156 de 1970:

"ARTICULO 9o. El artículo 78 del Decreto-Ley 1250 de 1970 (9) quedará así:

El avalúo oficial de los *inmuebles industriales o agrícolas* es *unitario* e incluirá el valor corriente de los bienes a que se refieren los artículos *656* y *657* del Código Civil (10) (se subraya).

Una vez en firme, el avalúo catastral será oficial y el único atendible en toda clase de diligencias y procesos frente a la administración".

3. El Decreto 1301 de 1940. Este decreto, con 242 artículos, constituye el estatuto orgánico del Catastro Nacional. Precisa, por tanto, determinar su naturaleza y alcance.

a) *Naturaleza Jurídica.* La Ley 65 de 1939 adscribió al Gobierno "la dirección técnica y el control del catastro en toda la República" (Art. 1o) y lo autorizó para establecer "la debida conexión entre las Oficinas de Registro y las nuevas organizaciones catastrales" (Art. 2o) y para "dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, *los factores que deben tomarse en cuenta para el avalúo de las fincas, etc".* (se subraya). Con base en tales autorizaciones se dictó el decreto 1301 de 1940, que las desarrolla. En consecuencia se trata de un

decreto especial dictado con base en las autorizaciones ordinarias conferidas por el legislador con base en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución y no de un decreto simplemente reglamentario expedido en uso de la potestad que establece el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta, pese a que su encabezamiento lo señala como reglamentario de la ley, lo cual también se deduce inequívocamente del hecho de que la ley 65 de 1939 no contiene ninguna norma dispositiva con relación a la formación del catastro suceptible de reglamentación.

Cabe anotar que el Consejo de Estado en sentencia de 4 de noviembre de 1943 declaró con efecto *erga omnes* la legalidad del Decreto 1301 de 1940.

b) *Alcance del estatuto.* De las normas transcritas del decreto 1301 de 1940, se deducen los siguientes principios que debieron aplicarse en el caso sub-judice:

I. Para todos los efectos del catastro, entre ellos, determinar el valor económico de los bienes inmuebles y "fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial", la ley reconoce *"el inmueble industrial"* como una unidad económica-jurídica (se subraya).

II. El "inmueble industrial", es, pues, una unidad funcional integrada por el conjunto de factores que la hacen operante: suelo, instalaciones, maquinarias y servidumbres todas igualmente indispensables, sin que quepa el distingo que hace la sentencia entre elementos principales y accesorios según su valor. Dentro de este principio son "cosas corporales inmuebles", constitutivas del inmueble industrial, "las partes integrantes y las accesorias que pertenezcan al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, cultivo *o* beneficio del inmueble, tales como edificios y construcciones con sus accesorios, plantas, instalaciones industriales, máquinas, etc". (se subraya). De suerte que, por propia y expresa definición legal, todas las máquinas e instalaciones industriales son partes integrantes del inmueble industrial, razón por la cual no es fundado el criterio expuesto en la sentencia cuando afirma que las máquinas por no estar al servicio del inmueble sino éste al servicio de aquéllas, deben excluirse del inmueble industrial. Por este motivo no es fundado el cargo de la demanda de violación de los artículos 84 y 85 del decreto 1301, que la sentencia no analiza. Los artículos 74 y 9o. de los decretos leyes números 1250 y 2156 de 1970 reiteran los principios expuestos, con expresa alusión al "inmueble industrial" al prescribir el carácter unitario de su avalúo.

c) *El estatuto y la sentencia.* El Consejo de Estado, antes de entrar en el análisis del artículo 658 del C.C., debió estudiar el caso sub-judice con base en los expuestos principios de derecho público que conducen a negar las peticiones de la demanda, por los siguientes motivos:

I. En el caso de autos se tiene que los peritos después de relacionar la maquinaria que forma parte de la empresa industrial "Sucroquímica Colombiana S.A." señalan que "... está destinada en exclusividad al *establecimiento industrial* que tiene soporte en el predio inspeccionado" (fol. 38) (Se subraya), con lo cual claramente se está ante el hecho de un "inmueble industrial" con claras consecuencias catastrales y fiscales que establece el decreto 1301 de 1940.

II. Por tanto, la única forma en que la sociedad demandante podía obtener la exclusión de la maquinaria del avalúo del inmueble era demostrando que ésta no integra con aquél un inmueble industrial, lo cual no sólo no aparece demostrado en autos, sino que, por el contrario, el dictamen pericial no objetado en el juicio lo acredita plenamente.

En consecuencia, la sentencia de que discrepamos al acceder a las peticiones de la demanda desconoció por entero las normas especiales de derecho público que rigen la formación del catastro y contrarió la realidad procesal dándole a la prueba pericial un sentido que no tiene, vulnerando el principio de la unidad del avalúo del inmueble para todos los efectos del catastro.

II. *El caso sub-judice a la luz del Código Civil.*

1. *Relación entre el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado.* Es cierto que el artículo 84 del decreto 1301 de 1940 se remite a los artículos 656, 657, 658, 660 y 661 del Código Civil con el objeto de comprender en el avalúo oficial los inmuebles por naturaleza, "adherencia, destinación y radicación" (Art. 8o. del decreto 1301 de 1940), pero "en cuanto dichas cosas quedan cobijadas, por los artículos 85 y siguientes del presente decreto". Es decir, que sobre la base del principio de la unidad del avalúo, el decreto se remite al código Civil, bajo la condición de que prevalecen las normas de los artículos 85 y ss. del estatuto en el supuesto de que existiere discordancia con las normas del derecho privado.

En el caso de autos, aunque es suficiente la aplicación directa del artículo 85 que define a "las instalaciones industriales" y a las "maquinarias" como integrantes del inmueble, para efecto de su avalúo unitario, con las ineludibles conclusiones expuestas anteriormente, la aplicación de las normas del C.C., particularmente del artículo 658, aunque innecesaria, conduce al mismo resultado, como se pasa a demostrar.

2. *Los inmuebles por destinación industrial en el Código Civil.*

a) *Concepto.* El inciso primero del artículo 658 del C.C. establece que "se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento".

Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que para que se configure el inmueble por destinación deben concurrir al uso, cultivo y beneficio del inmueble bajo un criterio de complementaridad esencial. En efecto, los ejemplos que trae la norma, que constituyen presunciones legales de aplicación del principio contenido en el inciso primero, corresponden a los distintos conceptos de uso, cultivo o beneficio en forma disyuntiva o alternativa y no copulativa. Así, los ejemplos contenidos en los incisos 2o. y 3o., solamente suponen que el mueble sirve *al uso* del inmueble; y en los del inciso 4o., relativos a "utensilios de labranza o minería" y a "animales actualmente destinados al *cultivo o beneficio* de una finca" (se subraya), se emplea la conjunción disyuntiva *o* y no la copulativa *y*, para significar que hay inmueble por destinación si sirve para el cultivo o para el beneficio del inmueble, sin referencia alguna al uso del mismo. Lo contrario llevaría a que los conceptos del inciso 1o. se contrapongan entre sí, en forma de hacer nugatoria la operancia de la norma en todos aquellos casos en que sea imposible la concurrencia de los tres elementos: uso, cultivo y beneficio y, además, a que se considere en forma injurídica y contradictoria, que los ejemplos del artículo 658 del C.C., como lo sostiene la sentencia, son "más o menos afortunados", no obstante que es la ley la que debe guiar al intérprete y no el intérprete a la ley.

b) *El establecimiento industrial.* Acorde con lo expuesto anteriormente, y el inciso 6o. del artículo 658 del C.C. considera como inmuebles "las prensas, calderas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un *establecimiento industrial* (se subraya) adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste". En este ejemplo, la ley presume que son inmuebles por destinación los bienes que menciona si hacen parte integrante de la unidad "establecimiento industrial" como finalidad de la afectación.

Dentro de este concepto, es indiferente que las máquinas y demás elementos que "forman parte del establecimiento industrial tengan mayor o menor valor que el suelo a que adhieren", pues, se repite, se trata de una unidad económica en la cual, ciertamente, no es posible desarticular sus componentes, dado que las máquinas e instalaciones industriales no podrían funcionar sin el suelo sobre que se asientan y a la inversa, el suelo no conformará un establecimiento industrial sin las máquinas y elementos en él asentados. De otra parte, es manifiesto que en el caso de un establecimiento industrial adherente al suelo, las maquinarias e instalaciones industriales están destinadas al uso permanente del mismo, de acuerdo con la destinación que se le ha dado al predio, pues, sin uso del suelo no podría haber un establecimiento industrial que le fuera adherente.

c) *La tesis de la sentencia.* En la sentencia se sostiene, en síntesis, que para que haya inmovilización industrial se requiere que las máquinas tengan el carácter de accesorios del inmueble, requisito que se cumpliría si su valor

es menor que el del inmueble, y que estén destinadas al uso, cultivo y beneficio del mismo. Según lo expuesto, este criterio es manifiestamente contrario a la ley, a saber:

I. El concepto de accesorio en la forma planteada en la sentencia, es totalmente ajeno al contexto del artículo 658 del C.C., motivo por el cual el intérprete no puede introducirlo arbitrariamente para desconocer tal disposición, a fuerza de interpretarla. Además, el C.C. por principio, da a los inmuebles por naturaleza un manifiesto carácter de preeminencia, frente a los bienes muebles, como sucede, por ejemplo, con el régimen de la accesión en el cual éstos acceden a aquéllos y no viceversa; en el régimen legal de la compra-venta de los bienes inmuebles y los muebles y en el de las prestaciones mutuas en caso de reinvindicación, para no citar sino unos pocos de los muchos ejemplos que podrían darse. De donde puede afirmarse que a la luz del C.C. la mayor o menor importancia de los bienes inmuebles y de los muebles no depende de su valor económico, sino de la naturaleza de unos y otros, siendo siempre mayor la de los inmuebles. Esto lo corrobora el propio artículo 658, que al reglamentar los inmuebles por destinación lo hace con referencia a un inmueble por naturaleza, sin consideración alguna a su valor, por lo mismo, es injurídico sostener que para que pueda existir el establecimiento industrial los muebles deben tener menor valor que el inmueble y que en la hipótesis contraria al inmueble sirve a los muebles, figura totalmente extraña el artículo 658 del C.C.

II. En cuanto a que las máquinas deben estar dedicadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble para que exista su inmovilización en el caso del establecimiento industrial, ya se expuso cual es, por este aspecto, el verdadero alcance y sentido del artículo 658 del C.C. y la falta de fundamento de la tesis sostenida en la sentencia. La interpretación dada en la sentencia conduce simple y llanamente a que jamás pueda darse en la realidad un ejemplo de inmovilización de las máquinas que "forman parte de un establecimiento industrial", pues, ciertamente, es imposible imaginar siquiera que una máquina integrante de una fábrica, sirva para el cultivo o beneficio del inmueble en donde se encuentra. En otros términos, la interpretación glosada lleva a la inaplicación e inoperancia de la norma interpretada, contra su claro tenor literal y su inequívoca finalidad.

Por los aspectos anotados, y de acuerdo con el concepto pericial que antes se mencionó, debieron igualmente negarse las peticiones de la demanda, toda vez que tanto de acuerdo con el Decreto 1301 de 1940, como con el artículo 658 del C.C., se llega a la conclusión de que la demanda no podía prosperar.

d) La doctrina y la jurisprudencia nacionales y el artículo *658 del C.C.*

La doctrina y la jurisprudencia nacionales confirman la tesis expuesta en

este salvamento de voto, como se verá a continuación:

I. La doctrina. Valencia Zea, Derecho Civil, Edit. Temis, año 1958, pags. 26 y 27:

"De la fórmula del art. 658 se deduce que cualquier "uso" "cultivo" o "beneficio" es suficiente para crear la inmovilización de cosas muebles.

Por diferentes que sean los "usos", "cultivos" o "beneficios" a que puedan destinarse los muebles, es suficiente para caracterizar la inmovilización, que puede decirse que el mueble constituye una parte accesoria del inmueble. En consecuencia, son inmuebles por destinación todas las cosas muebles que se convierten en "accesorios" de un inmueble.

"b) Son también inmuebles por destino toda clase de muebles empleados en las explotaciones industriales"...
En consecuencia, todos los utensilios y todas las máquinas que forman un taller de herrería, de carpintenría, de reparación de automóviles, etc., son inmuebles por destino".

J.J. Gómez, Derecho Civil, Bienes, Edic. Externado de Colombia, año 1962, pag. 20:

"Esta especie de inmuebles puede encontrarse en todo género de industrias. El inciso cuarto del artículo 658 habla de los utensilios de labranza o minería y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, de los abonos y de las máquinas en general. Y como este precepto es simplemente enunciativo (Doctrina de la Corte), se debe concluir que allí caben todas las industrias, y así puede decirse que los muebles pueden ser inmovilizados en los fundos en su calidad de accesorios.

a) Por destinación Agrícola: Máquina de arar, utensilios y enseres para siembra y recolección; semovientes para mover o arrastrar las máquinas o para acarrear las semillas, el fruto o los abonos, etc.

b) Por destinación MINERA O EXTRACTIVA: Herramientas y enseres necesarios para la explotación, máquinas, molinos, tuberías, cables, instalaciones de energía eléctrica, los aceites y grasas, etc.

c) Por destinación manufacturera: Telares y máquinas de hilar y tejer, motores, materias primas, útiles y enseres, etc.

d) Por destinación INDUSTRIAL EN GENERAL: Como ocurre en las empresas

de transportes con los vagones, carros, plataformas, locomotoras, y en general el material rodante de una línea férrea, en los teatros, hoteles, restaurantes, clínicas y colegios, para todos sus útiles; y por otras destinaciones, como pasa en las iglesias con los escaños, vasos sagrados, imágenes y ornamentos, y en las casas de habitación, con las llaves, tapicería, bombas de incendio, etc. (Josserand, To. 1o., No. 1354)".

Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, V. IV, Edit. Temis, 1959, págs. 214 y 215:

"De conformidad con este texto (Art. 658 C.C.) se consideran inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, no obstante puedan separarse sin detrimento.

Para que un bien mueble por naturaleza se repute inmueble al tenor del citado precepto, es preciso que se halle permanentemente destinado al uso, cultivo y beneficio de un bien raíz.

Trae el mandato en referencia algunos ejemplos para ilustrar la regla; lo cual indica que no sólo las cosas allí mencionadas, sino todas las que estén en las condiciones previstas por el preámbulo del art. 658, quedan comprendidas por éste.

De los ejemplos en mención, cabe destacar tres grupos: aquéllos que aluden a cosas que podrían estar comprendidas dentro de los inmuebles por radicación; aquéllos que exigen la destinación hecha por el dueño de la finca, y los que requieren un carácter accesorio de inmuebles por adherencia. Veámoslos.

a) El primer grupo comprende aquellas cosas que, aunque destinadas al uso o beneficio de un inmueble, han sido radicadas en él. Tales, las losas de un pavimento, los tubos de las cañerías, etc.

Esta clase de cosas no adquieren un carácter de muebles ni aún por su separación, si persiste su destinación (art. 661).

b) El segundo grupo se refiere a cosas esencialmente muebles, como son los utensilios de labranza o minería (rastrillos, palas, picos, arados, tractores, vehículos, etc). y a los animales y abonos, existentes en la finca. siempre y cuando que se reúnan estas dos condiciones: 1a.) hallarse destinados al cultivo o beneficio del inmueble, y 2o) haber sido puestos en éste por el dueño de la finca.

Esta segunda exigencia se presume por el hecho de la destinación, que es demostrativa de posesión (art. 762, inc. 2o). Corresponde al que alegue que tales cosas pertenecen a persona distinta que el dueño del inmueble hipotecado, acreditarlo.

c) El tercer grupo se subdivide así:

1. Cosas respecto de las que no sólo se exige ser accesorias de inmuebles por adherencia, sino también que hayan sido destinadas por el dueño del inmueble;

2. Cosas respecto de las cuales sólo se considera su carácter accesorio de un inmueble por adherencia.

1. Se reputan inmuebles: las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas (dinamos, transmisiones, molinos, ruedas, vehículos, etc.), siempre y cuando que formen parte, es decir, estén destinados al servicio, de un establecimiento industrial adherente al suelo (que sea inmueble por adherencia: arts. 656 y 657), y que pertenezcan al dueño de éste, hecho que se presume por la destinación, como antes se dijo.

Entre estos establecimientos en referencia pueden citarse: aserraderos, fábricas de cemento, de calzados, curtiembres, fábricas de tejidos, plantas de energía eléctrica, desmontadoras de algodón, hornos industriales de todas clases que adhieran al suelo, molinos de harina, empresas ferroviarias, etcétera. . . "

Toro Agudelo, El Impuesto Predial, Tesis laureada, U. de Antioquia, Imprenta Mpal. Medellín, pags. 54 y 55:

"En el penúltimo inciso del artículo 658 el legislador precisa y determina un caso especial: reputa inmuebles por destinación "las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles, y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste". Así, modifica la norma dada en el inciso 1o., al exigir que ese establecimiento industrial adhiera al suelo y que sea uno mismo el propietario del suelo y de la instalación industrial. Y en ninguna parte específica o exige que sea necesario, además, que esa instalación tenga carácter de simple accesorio del inmueble. Ni mucho menos específica que se entenderá por accesoria la instalación industrial cuando ella tenga un valor venal inferior al del suelo o al del suelo (sic) y de la edificación que la alberga. Simplemente, debemos repetirlo, señala dos condiciones: que se trate de un establecimiento industrial adherente al suelo y que éste y aquél sean de un mismo propietario. No creo que en este caso requiera, además, que las instalaciones industriales deban servir para uso, cultivo o beneficio del inmueble por naturaleza, aplicando así, por otra parte, las reglas del inciso 1o. del artículo, porque nunca podría decirse en verdad que elementos como prensas, cubas, alambiques, y ciertas máquinas puedan estar realmente destinadas a ese uso, beneficio o cultivo. Habría que utilizar demasiado para presentar el caso de una prensa o un alambique utilizados en el cultivo o beneficio de una finca. Es que, en doctrina, el caso de los establecimientos industriales, tal como fué configurado en la legislación positiva, es un caso de inmuebles por adherencia, más bien que de inmuebles por destinación. El sentido del inciso y el uso en él de la expresión "que adhieran" es bien significativo.

Puede afirmarse, por otra parte, y dejando de lado la doctrina para ceñirnos al

texto legal, que con los ejemplos concretos y particulares del artículo 658, el Legislador quiso sencillamente presumir que en esos casos existía la ficción de inmovilización de las cosas muebles, a que se refirió en el inciso 1o., exigiendo, a veces, condiciones adicionales para configurar la presunción, como la referente a que "adhieran al suelo y pertenezcan al dueño de este".

En otro sentido, el artículo quedaría sin aplicación práctica, más aún si se adiciona el código con el requisito de que las cosas muebles deben ser, además, simplemente accesorias del inmueble propiamente dicho. Ya vimos cuán falso es esta tesis, que se aparta del texto claro de la ley y que hace distingos donde en ella no aparecen. Y más falso y carente de fundamento es, si se quiere, el sistema enunciado para determinar la calidad de accesorio: que la cosa mueble tenga menor valor que el bien inmueble por naturaleza, precisamente porque en el sistema del código civil que gira sobre el eje de los inmuebles propiamente dichos, la tierra, el suelo, los inmuebles por naturaleza son siempre cosas principales enfrente de las cosas muebles, que tiene así la calidad de accesorias, cualquiera que sea su valor. Así, por ejemplo, lo estatuye el código al tratar de las accesiones de cosas muebles a inmuebles (artículos 738 y 739); y así también al tratar de prestaciones mutuas (artículos 962, 966, 968). Siempre, en esos casos, el dueño del inmueble a que accede una cosa mueble o que se reinvindica, cualquiera que sea su valor, porque el código no distingue, tiene el derecho preferente a hacer suyos los muebles que acceden a él o constituyen mejoras útiles o voluptuarias, cualquiera que sea también el precio de estas cosas muebles. Y no es difícil pensar que en muchas ocasiones será sin duda superior el valor de una construcción, de unas mejoras cualquiera, al de un simple pedazo de terreno. Pero el código mantiene inflexible su sistema de que frente a los bienes muebles son los inmuebles, propiamente, los que tienen la calidad de cosas principales, abstracción hecha de su valor, y ello en razón del carácter estable, fijo, permanente de la propiedad inmueble. . . "

Devis Echandía, Los gravámenes sobre la propiedad raíz y su reglamentación en Bogotá, Edit. Minerva, 1944, Bogotá, pags. 67 a 71:

"Dos tesis opuestas existen sobre esta cuestión: la de quienes sostienen que las maquinarias y otros enseres pertenecientes a los establecimientos industriales y destinados a su explotación, no pueden considerarse como inmuebles por destinación; y la de quienes, por el contrario, los consideren como tales y, por lo tanto, los sujetan al avalúo catastral del inmueble en donde existen.

"Los argumentos de los primeros pueden sintetizarse en la forma siguiente: que en los inmuebles por destinación a que se refiere el artículo 658, se exige que la relación entre el mueble y el inmueble sea tal que el primero forme una cosa accesoria del segundo, debiendo tener por consiguiente un valor inferior al de éste; que se necesita que los objetos del establecimiento industrial le dan un mayor valor al suelo o al edificio, o que los beneficien en sí mismos; que la influencia del mueble sobre el inmueble debe ser tal que éste de nada o poco serviría sin aquél.

"Nosotros creemos que las objeciones anteriores no tienen verdadero fundamento, y que, por el contrario, ningún obstáculo legal existe para que estas maquinarias y muebles semejantes que forman parte de la explotación de un establecimiento industrial, puedan considerarse como inmueble por destinación, sino a tal conclusión se llega necesariamente de un examen jurídico y legal del problema".

"Nos parece que la ley civil dice únicamente que los muebles deben estar destinados al uso, cultivo o beneficio del inmueble pero no que sean necesariamente accesorios en el sentido de que sean bienes secundarios o de importancia y valor inferiores al suelo. Y en el caso de las maquinarias industriales, el artículo habla únicamente de que "el establecimiento industrial" sea adherente al suelo y no de que las máquinas sean accesorios del suelo. Basta con que esos objetos y máquinas formen parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y que pertenezcan al dueño de éste, para que sean inmuebles por destinación.

"Tampoco dice la ley civil que sea necesario que las máquinas y objetos del establecimiento industrial le den mayor valor al suelo o que lo beneficien en sí mismo. Esto sucede en la explotación agrícola que se ejerce sobre el predio directamente; pero en las explotaciones industriales basta con el hecho de que el suelo sea el soporte permanente de un establecimiento de éstos y que por tal motivo le sea necesario y adherente, ya que no es posible concebirlos ajenos a toda radicación sobre la tierra.

"El concepto de que la influencia del mueble sobre el inmueble debe ser tal que éste de nada o de poco serviría sin aquél, no es aceptable con mayor razón. Si esto fuera cierto no existiría jamás el caso de inmuebles por destinación ni en materia industrial, ni en materia agrícola. No se puede decir, en efecto, que sin las maquinarias para su explotación nada valga un predio rural o que una mina no representa valor alguno con prescindencia de la maquinaria para su explotación. La tierra tiene un valor en sí misma con independencia de los arados, tractores y demás maquinarias utilizadas en su explotación. Además, cómo se entendería entonces el ejemplo que trae el artículo 658? Nunca habría un caso en que esas cubas, alambiques, toneles, etc. fueran inmuebles por destinación, ya que están en idénticas condiciones que las maquinarias en general. Por otra parte el artículo 658 no exige cuando se trata de máquinas que forman parte de un establecimiento industrial que estén destinados al uso, cultivo y beneficio de la finca, sino se limita a exigir que el establecimiento sea anexo o adherente al suelo y, en cuanto a las máquinas en sí requiere únicamente que pertenezcan al dueño de éste. El ejemplo mismo traído por el artículo es muy claro al respecto: las prensas, calderas, cubas, alambiques y toneles no están destinados en ningún caso al beneficio o cultivo del inmueble, de modo que de aceptarse aquella tesis quedaría sin aplicación y sin sentido este ordinal.

"Además el artículo 658 no exige que necesariamente el mueble esté destinado al beneficio o cultivo del inmueble, ni aún en materia agrícola o en otra diferente a

la industrial. También expresamente se dice allí que el mueble puede estar destinado simplemente al uso del inmueble.

"suponiendo entonces que la regla consignada en el inciso 1o. del artículo tenga aplicación al caso de los establecimientos industriales, es necesario aceptar que basta con que las maquinarias estén destinadas al uso del inmueble en cualquier forma o en cualquier sentido, para que sean inmueble por destinación. Y se parte de una suposición porque, como se dijo antes, el Legislador exige únicamente que el establecimiento en sí sea adherente al suelo y que las maquinarias pertenezcan al dueño de éste. Y no puede negarse que los elementos y maquinarias propias de un establecimiento industrial, cuando está radicado en un inmueble, terreno y edificio, construído o adaptado expresamente para él, mientras permanezcan allí constituyen el uso de ese inmueble.

"En efecto, no puede decirse que en el caso contemplado, el inmueble, terreno y edificación, no esté prestando uso alguno. Por el contrario, los servicios que presta son esenciales e importantísimos. Y ese uso que se está dando al inmueble es precisamente el de servirle de soporte, de albergue, de complemento indispensable a las maquinarias, para formar el conjunto de un establecimiento industrial. Esos tres elementos: terreno, edificio y maquinarias, constituyen un todo armónico que no puede descomponerse mientras permanezca la finalidad o destinación que le son propias.

"Si en verdad esas maquinarias y ese establecimiento industrial no estuvieran constituyendo el uso del inmueble, si éste no se aprovechara en nada de tal circunstancia, habría que concluir que no hay diferencia entre un edificio ocupado por una fábrica y otro desocupado, lo que es abiertamente absurdo. Basta considerar únicamente lo que representa para el dueño del edificio el funcionamiento de la empresa como valor de arrendamiento que dejó de pagar, para ver el rendimiento o beneficio económico que presta.

"Es pues innegable, por lo menos en el caso de que el edificio haya sido construído o adaptado especialmente para el funcionamiento de la empresa, que ésta constituye el uso o está destinada a cumplir el uso propio de ese inmueble. Y si dentro de este concepto, que es del Legislador, las prensas, cubas, alambiques y toneles de un establecimiento industrial son inmuebles por destinación, no existe razón alguna para que las maquinarias de un establecimiento industrial moderno no lo sean también, fuera de que el mismo artículo habla en general de máquinas de esta clase de establecimientos y por lo tanto quedaron comprendidas, no solamente las que entonces existían, sino las que posteriormente el ingenio del hombre ha inventado, siempre que pertenezcan al dueño del suelo y forman parte del establecimiento industrial adherente a él. De otra manera el ejemplo sería improcedente y existiría una contradicción entre él y la norma general sobre inmuebles por destinación consagrada en el mismo artículo, lo que no es posible admitir. Además la

hermenáutica enseña que en todo caso debe proferirse la interpretación que permita dejar con sentido y aplicación todas las partes del artículo, y no es posible, por tanto, desechar el ejemplo legal, porque precisamente en ella está consignada la intención del legislador y el alcance que para estos casos debe darse a la regla general.

"Por último, en el inciso 1o. del artículo 658 se dice que son inmuebles por destinación las cosas que, aunque por su naturaleza no lo sean, están permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Pero debe tenerse en cuenta que esa relación de permanencia no es igual para todos los casos, como se desprende de los mismos ejemplos que a continuación trae el artículo.

"Además la circunstancia de que su destinación sea permanente, de que constituyan un todo jurídico indivisible, la exige el legislador en un sentido relativo y no en forma absoluta e indefinida. La indivisibilidad jurídica permanece únicamente mientras la destinación de los muebles subsiste, pero deja de ser en el momento en que se les varía la aplicación. Basta observar para convencerse de ésto lo que sucede en materia de muebles destinados al beneficio de un fundo agrícola, como los arados, tractores, etc.; mientras tengan esas maquinarias la destinación de servir al cultivo o explotación del precio se consideran jurídicamente unidos a él y se les da la categoría de inmuebles por destinación, como expresamente lo dice el artículo tantas veces citado; pero sin dificultad de ninguna clase puedan ser separados por el dueño de esa finalidad o llevados a prestar otros servicios en un predio distinto, y entonces desaparece esa unidad y consecuentemente la calidad de inmueble por destinación con relación a aquél fundo.

"No puede negarse que existe una mayor unidad entre el inmueble y las maquinarias industriales, que son fijas y estables, que entre el predio y las maquinarias agrícolas para su explotación que son de hecho movibles y fáciles de separarlas de sus servicios. Es más permanente la relación en aquél caso que en éste. Luego, si se aceptara la objeción, no solamente no habría maquinarias industriales que fueran inmuebles por destinación y el ejemplo legal sería improcedente, sino que tampoco podrían serlo en ningún caso las maquinarias agrícolas. Basta por consiguiente que mientras el establecimiento funcione en el inmueble construído o adaptado para él, las maquinarias estén prestando sus servicios, para que exista la relación de permanencia necesaria y la ficticia indivisibilidad jurídica, constituída por el vínculo de anexión que existe entre ellos, sin que importe el hecho de que en un momento dado puedan ser por cualquier causa separadas del inmueble, exactamente lo mismo como no importa cuando se trata de maquinarias destinadas a la explotación de un predio agrícola.

"La estrecha relación que existe entre las maquinarias del establecimiento industrial y el inmueble donde funciona, especialmente si ha sido construido o adaptado para el caso, no puede ser negada ni discutida, y es suficiente para constituir la permanencia requerida por la Ley. Los ejemplos que trae el mismo artículo 658

están indicando que no es posible exigir para estos casos una vinculación más estricta y precisamente en el caso de las losas, tubos y viveros o colmenas, que presentan una vinculación realmente permanente al inmueble, no se trata de inmuebles por destinación sino de inmuebles por adherencia. Pero no solamente se pecaría contra los otros ejemplos del artículo, que quedarían como se ha dicho inoperantes, sino que sería necesario pasar por sobre el texto mismo del inciso primero en el cual se dice expresamente que los muebles pueden separarse sin detrimento del inmueble, sin que por esto pierdan su calidad de inmuebles por destinación. Luego se está contemplando el caso de que los muebles pueden ser separados por cualquier motivo del servicio o destinación que les correspondía, o sea, que no es necesario que adhieran en forma definitiva y absoluta al inmueble.

"Concluyendo tenemos, pues, que son inmuebles por destinación y están sujetos al impuesto predial, las maquinarias y demás bienes muebles que de manera regular u ordinaria formen parte de la explotación de un establecimiento industrial que funcione en un edificio construido o adaptado especialmente para el caso, y siempre que esos muebles pertenezcan al dueño del edificio o inmueble por naturaleza.

"Una vez que se llega a la conclusión de que tales maquinarias y muebles que reunen estas condiciones, son inmuebles por destinación de acuerdo con la ley civil, es necesario aplicar la misma noción en todos los casos en que se trate de saber que se entiende por inmueble cuando la ley habla de estos bienes o de bienes raíces, sin que importe el que se trate de una materia civil o comercial o administrativa o fiscal".

II. *La jurisprudencia.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de diciembre de 1954, G.J. Tomo LXXIX, Pag. 277 y 279:

"Los bienes a que se refiere el artículo transcrito se denominan inmuebles por destinación. Esta categoría está formada por bienes que por su naturaleza no son inmuebles, pero a los cuales la ley atribuye ficticiamente tal carácter para determinados fines. Conservan, pues, su naturaleza muebles, porque pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismo, sean moviéndose por una fuerza externa (C.C. art. 655); así, los animales destinados por el dueño al beneficio o cultivo de su fundo, o las máquinas que hacen parte de un establecimiento agrícola, industrial o comercial adherente al suelo, aun cuando son inmuebles por su destinación, conservan su naturaleza mueble, como es obvio. Como lo advierten los autores, la inmovilización de estos bienes es puramente jurídica y ficticia".

"La enumeración comprendida en el artículo 658 del Código Civil no es taxativa. Puede afirmarse que en general se comprenden dentro de la categoría de inmuebles

por destinación todas las maquinarias, utensilios y elementos usados en un establecimiento agrícola, industrial o comercial, adherente al suelo, pertenecientes al dueño de éste, porque todos ellos reúnen la condición de estar permanentemente destinados a la explotación del inmueble. Para que exista la inmovilización de tales objetos, por fuerza de su destinación económica, son necesarias en consecuencia tres condiciones:

a) Que exista un establecimiento agrícola, industrial o comercial adherente al predio o fundo;

b) Que tales bienes formen parte integrante del establecimiento para las tareas propias de éste;

c) Que dichos objetos y el establecimiento pertenezcan al mismo dueño".

Consejo de Estado, Sentencia de 4 de noviembre de 1943, Copiador de Sentencias, Tomo 70, pags. 8, 11, 13, 14 y 15:

"Como es sabido, la Ley 65 de 1939 confirió al Organo Ejecutivo facultades especiales para dictar normas sobre catastro, por lo cual el Gobierno podía añadir estas, todos los actos administrativos para los que expresamente se le autorizó, ya que las facultades o autorizaciones especiales, implican una ampliación de competencia no solo para hacer más efectiva la ley, sino para dictar dentro de ellas, normas nuevas, con tal que no contraríen la legislación preexistente"...

Ya el Consejo tiene dicho que el catastro no es un asunto de interes solo para los municipios, puesto que el surte efectos legales en asuntos de interés nacional, como son: la fijación del impuesto de patrimonio, la estimación del exceso de utilidades, la apreciación de la valorización para fijación de este impuesto, el avalúo de la indemnización en caso de expropiaciones, la estimación de la cuantía en el caso de causiones legales, etc."...

Donde el acto precisa su acción es en lo relativo con los artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 94, 95 y 96 por cuanto considera que tales disposiciones alteran sustancialmente las normas contenidas en los artículos 654 a 663 del Código Civil.

Haciendo una confrontación de aquellas disposiciones con las del Código puede observarse que están calcadas las unas en las otras, en la determinación de lo que debe entenderse por bienes inmuebles en el avalúo. El actor pierde de vista que el Decreto sobre Catastro no es impositivo, ni por lo mismo puede decirse que aumenta o crea determinados impuestos, sino que únicamente organiza la formación de los catastros, e indica las normas que deben seguirse para los avalúos, sin que de hecho entre a crear gravamen alguno, hecho que únicamente la respectiva ley tributaria es la llamada a especificar, para el caso en estudio no debe perderse de vista que el impuesto predial recae sobre los bienes inmuebles por lo cual el Decreto

indica los que deben tomarse como tales en el catastro, así como los factores que influyen de manera definitiva en el avalúo del bien en referencia. El decreto parece haberse anticipado a esta objeción cuando en sus artículos fundamentales cita la correspondiente definición del Código Civil. El actor hace especial hincapié en que el Art. 86 del Decreto al introducir en el catastro la maquinaria de las fábricas establece un nuevo gravamen municipal sobre la propiedad mueble, pero a más de que el Decreto no impone gravámenes como ya se anotó, la afirmación se contradice con la lectura de los artículos del Decreto y el Código. . . "

"El actor ha perdido de vista que el Decreto no es sino el desarrollo lógico de la ley 65 de 1939, que dispuso que el gobierno unificara los sistemas y preparara la organización del Catastro Nacional en la forma amplísima que allí se indica, invistiéndolo de facultades especiales, con fundamento en el numeral 8 del artículo 69 de la Constitución. Ante esa ley el Decreto que se estudia no es sino el reglamento orgánico del catastro, en forma técnica y científica, que fija el objeto y características de su organización, las entidades que tienen la dirección y el control, los trabajos que corresponden a las distintas oficinas, el levantamiento del catastro, la identificación de los predios el avalúo de los mismos con indicación del cálculo, procedimiento y entidades que deben ejecutarlo, reclamos, forma de resolverlos y operaciones finales que implican la copia de documentos estableciendo de oficio la matrícula de la propiedad y vigencia del nuevo Catastro, así como conservación del mismo, mutaciones de la propiedad, lista de contribuyentes.

Como se ve, se trata de el reglamento orgánico del Catastro, en desarrollo de un nuevo sistema que no tiene su origen en el Decreto acusado, sino en la ley que lo nacionalizó, mediante expresa reforma de las disposiciones anteriores con él relacionadas, de donde se deduce que los ataques formulados contra el decreto más bien debieran dirigirse contra la ley, máxime si como se observa, los reparos de orden fundamental se hacen en orden a contravenciones de la Carta Fundamental".

. . .

"Lo dicho es suficiente, en concepto del Consejo, para concluir que las disposiciones del Decreto acusado no están afectadas de nulidad y que por lo mismo no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No es nulo el Decreto 1301 de 1940, reglamentario de la ley 65 de 1939 sobre Catastro. . . "

e) *La doctrina extranjera.* Confirman también el criterio expuesto en este salvamento, entre otros, los siguientes autores extranjeros:

El autorizado tratadista Chileno Luis Claro Solar, comentando el artículo 570 del Código Civil Chileno, cuyo texto reproduce textualmente el artículo 658 de nuestro C.C., dice en su obra Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Imprenta Cervantes, 1930, T.VI, pág. 79 y ss., lo siguiente:

"68. Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y pertenecen al dueño de éste. Esta enumeración, en sí misma, no es taxativa y puede decirse, en general, que entran en esta especie de inmuebles por destinación todos los utensilios y todas las maquinarias usadas en un establecimiento industrial adherente al suelo, y que pertenecen al dueño de éste, porque todos ellos reunen la condición de hallarse permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble.

Para que la inmovilización de estos objetos se efectúe por esta destinación industrial es necesario que concurran las siguientes condiciones:

a) Que exista un establecimiento industrial adherente al suelo;

b) Que formen parte integrante de este establecimiento para la realización de la industria a que está dedicado; y

c) Que dichos objetos y el establecimiento pertenezcan al mismo dueño.

Se trata, pues, de una inmovilización esencialmente industrial que supone la construcción de un edificio apropiado a una determinada industria, sea en un predio rústico, sea en un predio urbano. En este caso la inmovilización de las cosas muebles, permanentemente destinadas al uso y beneficio del inmueble, se efectúa en interés de la industria que necesita esta estabilidad para su explotación y desarrollo. Por eso el establecimiento industrial debe ser una construcción adherente al suelo, que adhiera al suelo mismo a perpetuidad, y no una construcción de material ligero, fácilmente transportable, y que no pudiera ser calificado como bien inmueble"...

71. No es necesario que las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas adhieran al suelo. La ley exige únicamente que el establecimiento industrial adhiera al suelo, es decir sea un edificio o construcción adherente al suelo: las máquinas y demás objetos pueden o no adherir al suelo: (las máquinas y demas) ya que lo único que la ley exige es que formen parte del Establecimiento. La Corte de Casación Francesa ha fallado que los barriles pequeños empleados en una cervecería para transportar la cerveza al domicilio de los consumidores, conservando el cervecero la propiedad de esos barriles, pueden ser considerados como necesarios a la explotación de este establecimiento y por consiguiente como inmuebles por destinación industrial"...

Josserand, Derecho Civil, Traduc. Tercera Edición, Tomo I, Volumen III, Págs. 30 y 33:

"Los inmuebles por destino son los bienes muebles por su naturaleza, de los cuales hace la ley ficticiamente inmuebles por razón del lazo que los une a un inmueble por naturaleza, del que constituyen lo accesorio. Ejemplo, los utensilios de cultivo, los animales que sirven para el cultivo de la tierra; la maquinaria industrial"...

El artículo 524 es mucho más lacónico sobre este punto: el maquinismo estaba poco desarrollado en 1804; se hizo mención solamente de los "utensilios necesarios para la explotación de forjas, papeleras y otras fábricas". En realidad, toda la maquinaria industrial se encuentra inmovilizada en virtud de dicha disposición, comprendidos los animales, los carruajes afectos al servicio de la fábrica, los caballos, los arneses, los barriles de una cervecería (la misma decisión); el material Decauville afecto al servicio de un ladrillar..."

Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Segunda Edición, Tomo II, págs. 26 y 31:

"35. Condiciones generales de la inmovilización. En general, en el Derecho Chileno, son tres las condiciones que la ley exige para que una cosa mueble se repute inmueble, por destinación.

1. La cosa debe colocarse en un inmueble, pues la naturaleza de éste es comunicada a aquélla.

2. La cosa debe colocarse en interés del inmueble mismo, esto es, para su uso, cultivo o beneficio. A pesar de que el inciso 1o. del artículo 570 emplea la conjunción copulativa y, lógicamente debe entenderse que, para dar a las cosas muebles la calidad de inmuebles por destinación, basta que estén destinadas a una cualquiera de las finalidades señaladas (uso, o cultivo, o beneficio del inmueble) y no es necesario que concurran las tres copulativamente. Así lo ha decidido, con toda razón la Corte Suprema".

...

"Tres condiciones deben cumplirse para la inmovilización de objetos por destinación industrial.

a) La existencia de un establecimiento de esta naturaleza adherente al suelo. Nótese que lo esencial es que el establecimiento adhiera al suelo; las calderas, máquinas, etc., pueden o no adherir al suelo.

b) Las cosas muebles indicadas deben estar destinadas a la realización de la industria a que está dedicado el establecimiento. A este respecto "no deben confundirse las máquinas que se inmovilizan por formar parte eficiente de un establecimiento industrial, con las máquinas y utensilios de labranza o con las cosas de comodidad u ornamento u otras destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Así las cubas, toneles y utensilios de vendimia de la viña que existe en un predio son inmuebles por destinación como utensilios de labranza, por estar permanentemente destinadas al cultivo, labor o trabajo de la viña; pero no por formar parte de un establecimiento industrial. Así, los utensilios de lechería, quesería, de fabricación de adobes o ladrillos, etc. existentes en un predio y que el propietario ha puesto en él para su uso serán inmuebles por destinación, no industrial, sino agrícola".

c) Los objetos muebles y el establecimiento industrial deben pertenecer al mismo dueño; sólo de esta manera la destinación puede tener el carácter de permanencia que el inciso 1o. del artículo 570 exige como condición general de esta inmovilización. La destinación al uso del inmueble no existe si el inmueble en que se colocan las cosas (calderas, máquinas) no pertenece al industrial. La Corte de Temuco falló que es cosa mueble y no inmueble por destinación la instalación que se encuentra en terreno ajeno destinada a explotar el servicio público de distribución de energía eléctrica".

Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial José M. Cajicá, 1945, V. V. págs. 63 y ss.:

"2221. Explotación industrial. El Código la previó, pero la reglamentó brevemente en una sola frase. "Los utensilios necesarios para la explotación de los hornos, papelerías y otras fábricas". Si la Ley ha sido tan breve, es porque en la época del Consulado, el uso de las máquinas en la industria estaba aún poco desarrollado, puesto que no se conocía ni el vapor ni la electricidad. Pero como la fórmula de la Ley es general, su disposición puede aplicarse a toda la utilería industrial (Cas. 29 jul. 1902, S. 1902. 1. 501:23 feb. 1941. D. 1914. 1. 80. Burdeos, 24 Dic. 1902, D. 1905. 2. 422 y las notas).

Sin embargo, es necesario una condición de la cual la ley no habla, pero que ha sido implícitamente admitida por los autores del Código (Véanse las observaciones hechas entre Miet, Defermon y Treilhard, en Fenet T. XI, p. 6). Debe haber un acondicionamiento de la construcción para alojar las máquinas y los aparatos que encierra. Así, los telares y otras máquinas más o menos portátiles, que pueden alojarse en cualquier parte, sólo llegan a ser inmuebles por destino cuando el tejedor vive en su propio establecimiento. Con mayor razón son muebles las herramientas manuales que un obrero puede transportar consigo. Pero, cuando el edificio presenta por la forma de su construcción, un carácter netamente industrial, que lo haría impropio para otros usos, se debe decidir que la inmovilización no afecta solamente a las grandes máquinas, sino que se extiende a todo lo que encierra, por

muebles que sean, como las herramientas pequeñas, los camiones y las vagonetas, etc., y aun los caballos (Cas. Req. 25 ene. 1912. D. 1913. 1. 337. 25 feb. 1914. D. 1914. 1. 80)"...

Jean Carbonnier, actual profesor de la Universidad de París, en su obra "Derecho Civil", edit. Temis, 1969, 6a. edición, Pág. 74, refiriéndose a los inmuebles por destinación industrial, previsto en el Art. 524 del Código Civil Francés, expresa:

"La relación de destinación consiste normalmente en que el mueble se ha colocado sobre el inmueble para servir a la explotación económica de éste. El C.C., en el Artículo 524 da varios ejemplos sobre el particular, relativos sobre todo a la explotación agrícola, pero también (forjas, fábricas de papel y otras fábricas) a la explotación industrial (los aparatos y las máquinas son de este modo inmuebles por destinación). Por lo demás se trata de ejemplos que no son en modo alguno limitativos, y se acepta que, al lado de la explotación industrial, debe comprenderse la explotación comercial a pesar de que el texto no se refiere a ella (Ejemplos: son inmuebles por destinación los mostradores y frigoríficos de una tienda de comestibles, las camas y menaje de un hotel), como también la explotación civil (Es decir los objetos necesarios al servicio de una casa particular como los tapices de una escalera)..."

Berlia, también actual profesor de la Universidad de París, en su curso sobre "Ciencia y Técnica Fiscal", Edit. Les Cours de Droit, 1958 1959, Pág. 274, expresa:

"Ciertos bienes calificados como muebles en el sentido del derecho civil se asimilan a inmuebles desde el punto de vista fiscal... Para los mismos efectos, las instalaciones comerciales o industriales se asimilan a verdaderas construcciones".

III. *Los criterios de interpretación de la ley expuestos en la sentencia.*

En la sentencia se utilizan dos criterios de interpretación, a saber: uno jurídico que afirma que las maquinarias de que se trata no hacen parte de un "inmueble industrial" y otro económico-fiscal, aplicado aún en la parte resolutiva, según el cual es inconveniente, por tales aspectos, la tesis que sustenta este salvamento.

a) *El criterio jurídico.* Ya se ha expuesto, ampliamente, la falta de fundamento de la tesis en la sentencia, que exige para que una maquinaria sea inmueble por destinación debe ser accesoria al predio, según su valor económico y destinada al uso, cultivo y beneficio del mismo. Pero la misma sentencia contraría su propia tesis al sostener que esto solo se aplica para efectos de liquidación del impuesto predial, no obstante que la finalidad del catastro es múltiple, incluída la fijación de las bases para liquidar este

in puesto (Ord. 5o. art. 6o. Decreto 1301 de 1940). Por tanto, puede afirmarse que aunque la sentencia desecha la tesis sostenida en este salvamento, inexplicablemente lo aplica cuando se trata de las demás finalidades del catastro, con evidente contradicción.

b) *Criterio económico-fiscal.* Este criterio, es a nuestro juicio, improcedente por los siguientes motivos.

1. Es principio general, que la sentencia debe proferirla el Juez en derecho, luego de confrontar las peticiones con los hechos probados y las disposiciones invocadas, sin consideración alguna de conveniencia, la cual conduce al subjetivismo judicial y, eventualmente, al desconocimiento del derecho positivo, con el consiguiente quebranto de la objetividad y seguridad jurídicas. El presente juicio versa sobre sí jurídicamente deben o no incluirse en la ficha catastral las maquinarias que conforman el "establecimiento industrial" de propiedad de la sociedad demandante, y no sobre la conveniencia o inconveniencia de que pague un determinado tributo. Por tanto, la sentencia debió dictarse exclusivamente en derecho, sin referencia específica a la conveniencia o inconveniencia del pago del impuesto predial. Sinembargo y en forma muy tangencial, se comentan estos aspectos por haber sido considerados en el fallo.

2. Las cuatro hipótesis que a título de ejemplos se mencionan en la sentencia para afirmar que la tesis de este salvamento conduce a una "manera completamente arbitraria e injusta de distribuir el impuesto predial", por una parte, se funda en el criterio fiscal que se acaba de glosar; en segundo lugar, analizados en el fondo los ejemplos propuestos se advierte que en 3 de ellos no hay lugar al pago del impuesto, por que se parte, justamente, de supuestos que no son los previstos en la ley para que se cauce el tributo, lo cual no tiene nada de "arbitrario o injusto" como no lo tiene, por ejemplo, que en tratándose del impuesto sobre el patrimonio no lo paguen contribuyentes con solo $5.000.oo $10.000.oo o $15.000.oo de capital, toda vez que la ley así lo dispone. En la única hipótesis de la sentencia en que el dueño de la maquinaria pagaría el tributo es justamente cuando la maquinaria constituye un "establecimiento industrial" de su propiedad que es, estrictamente, lo previsto tanto en el decreto 1301 de 1940 como en el artículo 658 del C.C.

3. Se afirma, igualmente, que sería fácil evadir el pago del impuesto predial a que se refiere la sentencia, de incluirse el valor de la maquinaria en el avalúo catastral, mediante el expediente de radicar la propiedad de ésta en cabeza distinta del propietario del terreno y con base en éllo se concluye que la maquinaria no debe estar sujeta al impuesto predial, es decir, que para que no haya evasión se anula el impuesto. Con igual criterio, para que desaparezca el fraude a la renta de aduanas debería hacerse inaplicable el arancel de Aduanas y para que no haya fraude al impuesto sobre la renta debería

hacerse nugatoria la aplicación de las normas que lo establecen. Todo lo cual pone de manifiesto que no es fundada tal argumentación.

4. La sentencia alude a algunas cifras, cuya fuente no menciona, para demostrar la inconveniencia económica de incluir la maquinaria como factor del impuesto predial. Aunque se trata de un argumento de legeferenda, y no de jure condito, podrían aducirse para informar la tesis de la sentencia algunos autorizados conceptos contenidos en documentos tales como el Informe Musgrave, Programa conjunto de Tributación (OEA - BID - CEPAL). La política Industrial de América Latina (CEPAL), Plan General de Desarrollo, etc., pero nos abstenemos de hacerlo por tratarse de un aspecto que no es esencialmente jurídico.

5. También se arguye en la sentencia que el impuesto de industria y comercio existe para evitar los inconvenientes que, se afirma, serían inherentes a la inclusión de la maquinaria en los avalúos catastral de los "inmuebles industriales" particularmente, por no tomarse en cuenta la depreciación de estos bienes, como sí ocurre en tratándose del impuesto de renta y patrimonio, y dado que los avalúos catastrales no son anuales, todo lo cual conduciría a una doble tributación. En relación con estos aspectos se observa:

I. Aun aceptando, en gracia de discusión que los anteriores argumentos fueren válidos, serían objeciones contra la ley misma, adecuados para modificar o cambiar el instituto legal del "inmueble industrial".

II. Mas ocurre que se trata de dos impuestos totalmente distintos, a saber: En primer lugar, desde el punto de vista histórico el impuesto predial puede decirse que existe desde la expedición de la ley 30 de 1821, mientras que el impuesto de industria y comercio solo se estableció para el municipio de Bogotá por medio del artículo 1o. literal f) de la ley 97 de 1913, y se hizo extensivo a los demás municipios del país por el artículo 1o., literal a) de la ley 84 de 1915. En segundo lugar los dos impuestos gravan objetos diferentes; así, mientras el predial grava la propiedad inmobiliaria, el de industria y comercio grava la actividad industrial o comercial. En tercer lugar, por razón del objeto de los dos tributos, el predial comprende toda la propiedad inmobiliaria existente en todos los Municipios del país, al paso que el de industria y comercio solo puede percibirse en aquellos municipios en donde exista actividad industrial y comercial. Además, la base del impuesto predial la determina el Catastro Nacional, elaborado de conformidad con su estatuto orgánico, mientras que corresponde a los Concejos Municipales, con base en las facultades que les otorga la ley, crear, organizar, recaudar e indicar el destino del impuesto de industria y comercio.

No se trata, pues, del fenómeno conocido como doble tributación, el cual

solo existe cuando es uno mismo el objeto de los distintos gravámenes, sino que se trata de dos impuestos municipales con distinto objeto y régimen legal. Tampoco se pretendió remediar con el impuesto de industria y comercio los presuntos inconvenientes en la aplicación del impuesto predial a que alude la sentencia, toda vez que, mientras el impuesto predial se creó en favor de todos los municipios del país, el de industria y comercio se creó para Bogotá y paulatinamente se extendió a los demás municipios. Además, uno y otro impuesto si bien se fundan, en relación con el caso sub-judice, en la existencia del "establecimiento industrial" tienen distinto tratamiento.

III. La setencia hace énfasis en lo inconveniente que sería no tener en cuenta la depreciación de la maquinaria para efecto del impuesto predial, dado que los avalúos no son anuales. A este respecto se observa que la depreciación la reconoce la ley en tratándose del impuesto de renta y complementario de patrimonio, desde un aspecto meramente jurídico y para los fines propios de ese impuesto, pero no desde el punto de vista económico a que alude la sentencia, pues, la verdad, es que aplicando este último criterio habría que tomar en cuenta, entre otros factores, el fenómeno totalmente contrario cual es el de la revaluación de los activos fijos de las empresas por razón de la devualiación monetaria.

IV. *Aspectos procesales.*

Discrepamos también de la sentencia por los siguientes aspectos procesales:

a) En la parte resolutiva de la sentencia se declara la nulidad de los actos acusados, incluída la ficha catastral correspondiente al predio número 4675 de propiedad de la sociedad demandante, en cuanto comprenden en el avalúo catastral el valor de las maquinarias y para los fines de "la liquidación y cobro del impuesto predial correspondiente a ese fundo". Sinembargo, se mantiene en firme el referido avalúo para "los demas fines que preve el decreto 1301 de 1940", a pesar de que, como se ha expuesto, en el Catastro no se pueden incluir bienes muebles que conserven este carácter, es decir, que no sean inmuebles por destinación, condición ésta última que la sentencia le niega a las maquinarias que forman un "establecimiento industrial", pero que le reconoce, contradictoriamente, para los demas efectos del catastro previstos en el citado decreto 1301, al cual se refiere solo en la parte resolutiva.

b) A pesar de la limitación que establecen los numerales 1o. a 5o. de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto a que la nulidad decretada solo surte efectos en relación con el impuesto predial, en el numeral 6o. se declara que la sociedad demandante "tiene derecho a que se le restituyan todas las sumas que haya pagado, a partir del 1o. de julio de 1968, con base en el

avalúo que se anula y por concepto de impuestos nacionales, departamentales y municipales", lo cual implica una contradicción y la imposibilidad de dar cumplimiento a lo resuelto en este ordinal, toda vez que el avalúo sigue siendo válido, conforme a lo resuelto en la sentencia, para todos los fines distintos del impuesto predial.

c) De otra parte, la referida declaración del ordinal 6o. implica los siguientes quebrantos de orden procedimental:

1. *Fallo extrapetita.* En la sexta súplica de la demanda se pide que se declare que la sociedad demandante tiene derecho, *"mediante el ejercicio de las acciones legales pertinentes"* (se subraya), a que se le restituya o devuelva lo que haya pagado en exceso por impuestos nacionales, departamentales o municipales, a causa de la nulidad de los actos acusados. Pero la sentencia, extralimitando esta petición de la demanda, hace la declaración solicitada, sin referencia alguna a "las acciones legales pertinentes", en forma de reconocerle a la sociedad demandante un derecho a la devolución de sumas pagadas en exceso que no pretendió ni menos demostró.

2. *Indebida acumulación de acciones.* Se acumularon así, indebida y oficiosamente, las acciones de plena jurisdicción y de revisión de impuestos, no obstante que la sociedad demandante solo promovió la primera para incoar la segunda, según se deduce de la sexta petición que alude a *"las acciones legales pertinentes"* (se subraya), previa ejecutoria de la sentencia de que discrepamos.

3. *Condenación sin audiencia.* Por la declaración incondicional que se hace en la sentencia en el sentido de que la sociedad demandante tiene derecho a que le devuelvan todas las sumas pagadas en exceso por concepto de impuestos nacionales, departamentales y municipales, se condena a departamentos y municipios indeterminados sin habérsele oido y vencido en juicio, como prescriben los artículos 26 de la Constitución y 20, inc. 2o., del Código Contencioso Administrativo, y sin que se sepa si existen o no los actos por los cuales se liquidan los supuestos tributos y sin que se haya pedido su revisión.

V. *Las conclusiones.*

De todo lo expuesto deducimos las siguientes conclusiones:

1. Tanto de acuerdo con el Decreto especial No. 1301 de 1940, orgánico de la formación del Catastro Nacional, como con el artículo 658 del Código Civil las maquinarias objeto del litigio hacen parte de un inmueble industrial y, por tanto, fueron acertadamente incluídas en el avalúo catastral efectuado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2. Por lo mismo debieron negarse las peticiones de la demanda.

Fecha ut-supra.

Jorge Dávila Hernández *Humberto Mora Osejo*

A349 - XIV 5/AN

JUNTA MONETARIA

CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO. Es nulo el artículo 8o. de la Resolución No. 52 de 5 de agosto de 1970 de la Junta Monetaria de la República de Colombia en la parte que dice: "Los certificados de abono tributario se calcularán por el valor FOB de la mercancía exportada".

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., septiembre veintitrés de mil novecientos setenta y uno.

Ref.: Radicación 1.817. Nulidad del artículo 8o. de la Resolución Número 52 de 1970 de la Junta Monetaria. Demandante: Cayetano Betancur.

Proponente: MIGUEL LLERAS PIZARRO.

El artículo 8o. de la Resolución mencionada reza:

> "Los certificados de abono tributario se calcularán por el valor FOB de la mercancía exportada, a la tasa de cambio que rija para los gravámenes de aduana *ad valoren* en la fecha tomada como base para hacer la liquidación definitiva".

La demanda aspira a que se declare nula la siguiente expresión del artículo

transcrito: "los certificados de abono tributario se calcularán por el valor FOB de la mercancía exportada".

Se reputan como violadas las normas del artículo 12 del decreto 1 y 688 de 1967 y el 40 del decreto de la misma jerarquía número 1.366 de 1967. En estos preceptos se lee, en su orden:

"Artículo 166. 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 15o/o del valor total del reintegro. Dichos títulos serán recibidos a la par por las oficinas recaudadoras 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 a la fecha de este decreto.

"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".

La disposición transcrita sustituyó el artículo 166 del decreto número 444 del año de 1967.

"Artículo 40. 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 15o/o 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 22 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".

Al admitir la demanda se suspendió provisionalmente el acto impugnado,

providencia que fue confirmada al resolver el recurso de súplica. El punto debatido se reduce a determinar qué se entiende por "valor total del reintegro". El demandante estima que ese valor consiste en el costo del bien colocado a bordo en el puerto colombiano más los costos de transporte y seguro hasta el lugar que en el extranjero deba situarse la mercancía, según los contratos celebrados con el comprador. El apoderado del ministro de hacienda y el fiscal del Consejo opinan que los costos adicionales que se causen desde el momento en que la mercancía esté a bordo hasta el de su entrega, deben excluírse porque no son constitutivos del valor del bien exportado sino retribuciones adicionales por servicios y que éstos, los servicios, están sujetos a régimen cambiario diferente al aplicable al de las cosas exportadas. Según la primera interpretación el acto acusado contraría las disposiciones de los decretos leyes ya transcritos y conforme a la segunda no habría contradicción sino interpretación coherente con las normas superiores.

Arguye el demandante: "Sobra decir que la interpretación de la Junta Monetaria, fuera de ir visiblemente contra el texto legal por distinguir allí donde el legislador no distinguió, es también antitécnica puesto que supone gratuitamente que los gastos en fletes seguros etc. es decir aquellos en que sobrepasa el valor CIF al valor FOB y que el exportador recibe en divisas extranjeras, no constituye una verdadera entrada de divisas al país que es lo que el estatuto de cambios internacionales y comercio exterior ha pretendido fomentar. Y es que obviamente es así puesto que la mayoría de nuestros exportadores pagan en moneda colombiana estos gastos de fletes y transportes, los cuales se recuperan en divisa extranjera". El apoderado del Ministro de Hacienda aduce: ". . . la labor de la autoridad monetaria debe entenderse desarrollada de manera tal que procure armonizar la política cambiaria y monetaria con la económica y fiscal. No cabe duda a la junta de la trascendencia del fomento a las exportaciones pero también es consciente de las implicaciones que desde el punto de vista fiscal y de asignación de recursos puede tener un beneficio tributario aplicado a actividades de comercio exterior para las cuales no se previó en la ley.

"De otra parte ha de anotarse, como lo dice el Señor Fiscal Tercero en el memorial que sustenta el recurso, qeu los costos diferentes al del producto de exportación mismo, no producen para la balanza cambiaria del país un resultado positivo, por cuanto si bien es cierto que su producto debe venderse al país, también lo es que su valor debe pagarse en moneda extranjera". Agrega el fiscal: "En primer lugar, aun cuando el término reintegro podría calificarse de expresión técnica, no puede desconocerse que su alcance e interpretación deben acomodarse a su definición gramatical, El diccionario de la Academia de la Lengua define dicho término así: Reintegro. Acción de reintegrar. Y rein-

tegrar, restituír o satisfacer íntegramente una cosa". Después de recordar que las disposiciones que se suponen violadas deben interpretarse según el texto general del decreto ley número 444 de 1967, escribe: "Cabe ahora preguntar si dentro de ese estatuto de cambio se creó una distinción clara y específica en el fenómeno jurídico de la exportación de bienes y en el de los ingresos y egresos por servicios. La contestación a este interrogante no puede ser ninguna distinta, a que, dicho estatuto sí protocolizó una diferenciación absoluta entre uno y otros, al extremo de que en el capítulo quinto del estatuto se estableció una reglamentación específica para la exportación de bienes y en el capítulo séptimo se consagró otro tipo de reglamentación para el ingreso y egreso de divisas por concepto de servicios". Los servicios vendidos al extranjero los comenta así: ". . . los ingresos de divisas por estos conceptos corresponden a actividades que no significan o representan en ninguno de esos casos, operaciones comerciales de exportación, puesto que, a través de esas operaciones no está saliendo del país ningún bien físico con valor patrimonial, que dá ocasión a reintegrar su valor; sino simplemente corresponde a la remuneración que pueda percibirse por virtud de la prestación de ese tipo de servicios, a los cuales sólo está vinculada una actividad intelectual o comercial no determinable como bien patrimonial alguno". Para ilustrar sus opiniones, el Fiscal agrega copia de los documentos utilizados por el Instituto de Comercio Exterior para autorizar las exportaciones en donde hay una columna en donde debe consignarse el valor FOB en dólares de lo que se exporte.

Se examinan en seguida los temas controvertidos.

Es cierto que en el estatuto básico del decreto 444 hay un capítulo, el quinto, sobre normas relativas a exportación de bienes y otro, el séptimo, sobre ingresos y egresos por servicios. En el primero, en su artículo 54 se lee: "La totalidad de las divisas provenientes de exportaciones deberá reintegrarse al Banco de la República.

No obstante lo prescrito en este artículo, la Junta Monetaria podrá disponer, en el caso de régimenes especiales de exportación, que parte del reintegro se destine a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. En tal caso, el Banco de la República tomará de los reintegros respectivos las sumas necesarias para efectuar los giros correspondientes en nombre del exportador. El argumento según el cual el precio de transporte seguros y similares desde el puerto colombiano, no es factor de enriquecimiento en monedas extranjeras, no puede predicarse de modo general porque tales servicios pueden ser contratados y pagados en moneda colombiana y en el caso de que pudiera hacerse una división evidente, es decir indiscutible entre el costo FOB y el costo CIF, bastaría que la Junta Monetaria regulara este aspecto de modo que la parte del reintegro de lo exportado cuando provenga de obligación contraída en moneda extranjera pueda restarse de lo reintegrado para destinar dicha parte a cancelar esa deuda.

Aunque exportar servicios puede enriquecer al país en monedas extranjeras tanto como exportar bienes materiales, el legislador acordó diferentes estímulos para una y otra actividad. Para la primera estableció el estímulo de conceder al exportador un bono negociable que puede ser utilizado para pagar impuestos debidos por el propio exportador o por un tercero a quien se transfiera el bono, pero el valor a que debe liquidarse la moneda extranjera decidió que fuera el de los certificados de cambio en tanto que a la exportación de servicios no le concedió aliento tributario pero sí monetario porque la tasa a que se liquida el valor del servicio exportado es la del mercado de capitales.

Es apenas natural que el representante del Ministro de Hacienda considere que los estímulos tributarios y los beneficios del balance de cambios deben conciliarse para que los ingresos por impuestos sufran el menor desmedro posible aunque el exportador pierda o disminuya su entusiasmo comercial. Ese es sin embargo un punto de vista parcializado porque el enriquecimiento del país por las exportaciones aunque no aumente inmediata y directamente los ingresos del fisco también lo beneficia porque el tesoro público no puede agrandarse si la riqueza de la nación disminuye y, además, según las disposiciones generales del decreto 444 de 1967 el régimen de cambios internacionales y de comercio exterior tiene por fin promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario por diversos medios entre los que se menciona el *fomento y diversificación de las exportaciones y logro y mantenimiento de un nivel de reservas suficientes para el manejo normal de los cambios internacionales.* El objetivo de aumentar los ingresos del fisco ha sido materia de otros estatutos que, para el presente caso, no pueden ser objeto de consideración.

Para el fin de computar el valor de los bienes exportados la ley no ha distinguido entre costos directos y costos indirectos, que es detalle técnico indispensable en cualquier buena administración pero alambicado si ha de aplicarse a la determinación del costo final en el que siempre estarán implicados los servicios indispensables, como los que menciona el demandante. Por ejemplo los gastos en gerencia, en diseño, en asesoría técnica, en comunicaciones internas o internacionales, etc.

Si es cierto que el valor total del reintegro es lo que el comprador del extranjero paga al exportador colombiano, sin hacer distinciones acerca de los factores que han contribuído a formar ese precio, parece difícil aceptar que para causar el estímulo tributario del certificado de abono, hayan de hacerse distinciones porque él ha sido concedido para que a través de los exportadores colombianos el país obtenga la mayor cantidad posible de monedas extranjeras y esta consideración, elemental pero obvia, no se desvirtúa por el diseño que tengan los documentos que el Instituto de Comercio

Exterior, suministre a los interesados porque si, al anotar en ellos solo el valor FOB en puerto colombiano, se excluye la diferencia que pueda existir entre dicho valor y el precio pagado por el comprador en el extranjero, no sólo se afecta desfavorablemente el monto del certificado de abono tributario sino que se viola la obligación de entregar al Banco de la República *el valor total de las monedas extranjeras obtenidas por la venta del bien exportado.*

La distinción de exportar servicios y únicamente servicios y la de exportar bienes materiales es sumamente fácil pero se complica cuando se pretenda discernir la parte del costo del bien material que esté representada por servicios que, en todo caso, para este efecto, no merecen dicho nombre sino el de insumos y el alcance del precio final pagado en el extranjero. Los transportes y seguros causados dentro del país desde el lugar de la fábrica hasta el puerto en donde se inicia la exportación son idénticos, como insumos, a los que se originen por análogas actividades hasta el momento de entrega en el lugar convenido. Es indispensable un ejercicio mental tan sutil y desde luego tan inteligente, como el del señor fiscal de la Corporación doctor Ortiz Amaya, para prescindir del costo de los insumos cuando parecen servicios, solo para aplicarles el régimen legal concebido exclusivamente para los servicios como tales, es decir aquellos que no puedan reputarse como insumos.

Por las anteriores razones que son las mismas que justificaron las providencias de suspensión provisional pero más extensamente explicadas, el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

Es nulo el artículo 8o. de la Resolución número 52 de 5 de agosto de 1970 de la Junta Monetaria de la República de Colombia en la parte que dice: "Los certificados de abono tributario se calcularán por el valor FOB de la mercancia exportada".

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la sala de fecha veintitrés de Septiembre de mil novecientos setenta y uno.

Gustavo Salazar Tapiero — *Hernando Gómez Mejía*
Juan Hernández Sáenz — *Miguel Lleras Pizarro*

Hernando Franco Rojas
Secretario

JUNTA MONETARIA

CONTROL DE CAMBIOS. *Relaciones entre productores y exportadores y de ellos con el Banco de la República.* **Las obligaciones surgidas del contrato de compraventa entre los productores y los exportadores se rigen por las reglas del derecho privado. El productor es un vendedor dentro del mercado nacional y no tiene relaciones con las autoridades encargadas de la vigilancia y control de las exportaciones. El exportador es comprador dentro del mercado nacional con el fin de exportar. Como exportador debe obtener las licencias correspondientes y se obliga a traer al país y vender al Banco de la República las monedas extranjeras obtenidas por la venta en el mercado internacional, debiendo garantizar esta obligación con el otorgamiento de las cauciones que exigen los reglamentos.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., septiembre veintitrés de mil novecientos setenta y uno

Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía.

Ref. Exp. No. 1386
Autoridades Nacionales. Actor: Cía. Frutera de Sevilla. Nulidad de la comunicación 360 de 30 de mayo de 1969 emanada de la Junta Monetaria.

La Compañía Frutera de Sevilla, por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción de plena jurisdicción solicitó del Consejo de Estado que se hagan las siguientes declaratorias:

1.° Se decrete la nulidad del acto de la Junta Monetaria contenida en la comunicación 360 de 30 de mayo de 1969.

2. Que como consecuencia de esa nulidad se restablezca en su derecho a la actora ordenando pagar a ésta la suma de $12.035.975.12, o la cantidad que se demuestre en el juicio.

3. En subsidio que se ordene al Banco de la República abonar en cuenta a la Frutera de Sevilla la cantidad de US$4.480.584 o la cantidad que se demuestre en el juicio.

HECHOS:

La Compañía Frutera de Sevilla está dedicada a la exportación de banano mediante contratos de compraventa que ha celebrado con numerosos productores, en los cuales se estipula un precio mínimo garantizado que puede ser superior al precio real de venta en los mercados extranjeros. En el período comprendido entre marzo de 1966 y diciembre de 1967 los precios efectivos pagados por el banano vendido en Europa fueron inferiores a los mínimos garantizados por la compañía a los productores; durante el período comprendido entre el 12 de marzo y el 6 de abril de 1967, la compañía vendió al Banco de la República, por conducto del de Colombia, sucursal de Medellín los dólares correspondientes a la totalidad del precio pagado a los productores, dentro del régimen de reintegro de divisas previsto por los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto Legislativo 2322 de 1965 y 1o. de la resolución 20 de 1965 de la Junta Monetaria.

En ese período la Frutera reintegró no sólo los dólares provenientes de la exportación de la fruta sino los que de su propio fondo traía para pagar el precio mínimo garantizado, dólares que de acuerdo con la legislación vigente podían haberse vendido en el mercado libre. En el período comprendido entre el 8 de abril de 1967 y el 13 de diciembre del mismo año, la Frutera vendió la totalidad de las divisas destinadas a pagar a los productores de banano; pero ocurre que a fines de dicho año la compañía se dió cuenta del error que había cometido en el reintegro y solicitó al Banco el reajuste en donde, aunque se hizo un estudio del problema no se tomó determinación alguna; el asunto pasó a la Junta Monetaria, la cual no accedió a lo pedido como consta en la comunicación 360 de 30 de mayo de 1969.

El actor considera violados por el acto acusado los artículos 1o. y 2o. del

Decreto Legislativo 1709 de 1965; 1o., 2o. y 3o. del Decreto 2322 de 1965; artículo 1o. de la resolución No. 20 de 1965 de la Junta Monetaria y en los embarques posteriores al 22 de marzo de 1967, los artículos 5, 10 y 19 del Decreto 444 de 1967.

Durante el período probatorio se practicaron las pruebas que el actor solicitó; a petición del actor el Consejo accedió a realizar la audiencia la cual tuvo lugar el 31 de julio de 1971; el señor Fiscal 3o. de la Corporación Dr. Bernardo Ortiz Amaya dió su vista solicitando no acceder a las pretensiones de la demanda. El negocio está listo para fallo y a ello se procede previas las consideraciones que se expresan en seguida:

El señor apoderado sustituto en defensa de las tesis de la demanda, en el resumen escrito de sus alegaciones orales, plantea como tesis esencial para sintetizar el problema, el siguiente silogismo:

> "El asunto que me trae aquí parece que fuera muy complicado por la cantidad de disposiciones legales que ha habido que citar, por los cuadros que han sido presentados y por la literatura financiera *Sui Generis* de la Junta Monetaria".
>
> "Pero en realidad es muy simple. Puede reducirse a un silogismo".
>
> "En el período a que se refiere el pleito (marzo de 1966 a noviembre de 1967) ninguna disposición legal, ninguna norma jurídica obligaba a la compañía Frutera de Sevilla a entregarle, como reintegro, al Banco de la República, los dineros no provenientes de la venta del banano en el exterior pues la obligación se reducía a reintegrar el valor que hubiera obtenido en los mercados extranjeros por concepto de venta de la fruta".
>
> "Es así que la Compañía no se limitó a entregar como reintegro el precio obtenido por la fruta en los mercados extranjeros sino que de sus propios fondos entregó al Banco de la República una suma mayor para poder pagarles a los vendedores el precio mínimo garantizado, con lo cual perdió la suma muy apreciable que representaba la diferencia entre la tasa del cambio de reintegro y la tasa de mercado de capitales. Luego la Compañía tiene derecho a una de dos cosas: o a que el Banco le reintegre la diferencia entre el tipo de cambio al cual entregó los dólares no provenientes de la venta de banano y el tipo del cambio al cual hubiera podido venderlos la Compañía o a que el Banco le devuelva esta suma reintegrada en exceso US$4.800.000.oo menos el valor en pesos colombianos que la Compañía recibió del Banco por ese exceso de reintegro".

El señor Fiscal de la Corporación Dr. Bernardo Ortiz Amaya, para pedir que no se acceda a las súplicas de la demanda expresa entre otros los siguientes conceptos:

"En la demanda se hace una separación en el tiempo, de las operaciones de cambio, o reintegro realizadas por la Compañía, en función de la vigencia que para cada etapa, tenía, primero el Decreto Legislativo 2322 de 1965 y después, el Decreto Ley 444 de 1967 y esa separación comprende un período del 22 de marzo de 1966 al 6 de abril de 1967 en el cual regía el primero de los Decretos nombrados y el segundo período comprendido entre el 8 de abril de 1967 y el 13 de diciembre del mismo año, en el cual había entrado ya en vigencia el Decreto Ley 444 de ese año. El error alegado para el reembolso de todas las operaciones corresponde al mismo fenómeno, y la diferencia que exige esta separación consiste en que, de acuerdo con el primer Decreto el exceso reintegrado podía haberlo vendido la compañía en el mercado libre, al paso que, bajo el régimen del segundo Decreto ese exceso debía haberse liquidado y pagado a la tasa de cambio señalada para el mercado de capitales".

"El demandante tomó como punto de referencia para hacer esta separación, la fecha de embarque de los productos que es la que determina el régimen que ha de gobernar las operaciones de cambio, por concepto de exportación, ya que el Decreto Ley 444 de 1967, entró a regir el 22 de marzo de ese año".

"Tanto en un caso, como en el otro, la compañía alega que al efectuar las operaciones de cambio, por razón de la exportación del banano, no sólo entregó el valor recibido por la venta de dichas mercancías, sino los fondos propios introducidos al país "para pagar a los productores el precio mínimo garantizado", o lo que es lo mismo, "la diferencia entre el precio real de la exportación y el precio mínimo garantizado".

. . .

"En este punto del análisis, conviene estudiar un aspecto de orden jurídico importante para determinar hasta qué punto la Compañía, en el caso de que por su propio error, hubiere entregado divisas al Banco de la República, por este concepto, tenga el derecho de pedir un reajuste de esas operaciones; si es cierto, en gracia de discusión, que esa diferencia entre el valor neto de la venta del producto en el exterior y el valor del precio mínimo garantizado para el mismo, hubiera podido liquidarlo, bien en el mercado libre o bien en el mercado de capitales".

"De acuerdo con el texto de la demanda, las diferencias anotadas en la relación que se ha presentado como prueba, corresponden exclusivamente a parte del precio acordado en dólares, con el productor, para la mercancía. Es decir, que la Compañía no hizo nada distinto que suministrar los dólares necesarios y suficientes para cubrir el precio mínimo garantizado. Al realizar esa operación de cambio, es obvio entender que su equivalente en moneda nacional se destinó a entregarlo, en su totalidad a los productores, ya que, lo que la Compañía entregaba, no era nada distinto que ese valor convenido; y si se liquidaron esos dólares a determinada tasa de cambio, es forzoso pensar que le hizo entrega al productor de ese equivalente en moneda nacional".

"En otras palabras, la Compañía no entregó nada de su propio patrimonio, simplemente hizo entrega de un valor de propiedad del productor que era el precio de su producto. En ninguna parte del expediente aparece la constancia de que la Compañía, al efectuar el pago al productor, del precio convenido para su mercancía, le hizo entrega de mayor cantidad de dinero de la que recibió del Banco de la República y si hubo una merma en la liquidación, por la forma como se entregaron esos dólares, quien ha sufrido esa merma y ha registrado un menor ingreso por ese concepto, no es la compañía, que se limitó a colocar en el país la cantidad de dólares que debía entregar, sino el productor, que recibió, en un momento dado, menor cantidad de pesos colombianos por cada dólar del precio pactado para su producto".

. . .

"Pero volviendo al tema de lo que se debe entender por el producto del negocio de exportación, es conveniente aclarar que en el contrato que se ha presentado como prueba, los precios mínimos fijados en dicho contrato para garantía del productor, se refieren a las exportaciones hechas por la compañía a la orden de compañía afiliada a ella en los mercados de Europa y los Estados Unidos".

"Ello quiere decir que el exportador del producto es la Compañía Frutera de Sevilla y el importador del mismo producto en cada uno de los sitios de destino, es compañía afiliada al exportador".

"Dicho negocio de exportación, se está celebrando, por lo tanto, entre compañías filiales y esa operación termina con la entrega del producto en los puertos de destino y con su tramitación, adelantada con fundamento en las correspondientes licencias de exportación, autorizadas por las autoridades competentes colombianas".

"En el expediente no aparecen las copias de las mencionadas licencias de exportación, ni la facturación correspondiente que tuvo que hacer el despachador, para poder determinar el valor de dicha operanción; y como consecuencia, deducir cual es su monto. Tampoco aparece, en las pruebas allegadas al expediente la relación detallada de los reintegros efectuados por la Frutera de Sevilla, por concepto de esas exportaciones, relacionándolos con las correspondientes licencias de exportación y sólo se presenta como prueba una certificación del Director y Contralor de la United Fruit Continental, N.V. expedida en la ciudad de Amsterdam, que se supone es la sociedad filial importadora, de la exportadora Frutera de Sevilla, en la cual se hace una relación de la venta real en dólares de la mercancía importada, que para efectos de este análisis corresponden a unas operaciones de venta dentro del mercado interno en Holanda, que es distinto al negocio mismo de exportación a que nos estamos refiriendo".

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Los productores de fruta en este caso no son exportadores. Simplemente se han obligado a entregar a éstos cierta cantidad de frutos de calidad exportable por precio que no puede ser inferior al señalado en el contrato de compraventa y sujeto a reajuste hacia arriba en el caso de que el exportador (comprador de la fruta en el mercado interno) obtenga en el mercado extranjero precio superior al mínimo pactado, caso en el cual esta ganancia será compartida entre productor de fruta y exportador. Las obligaciones surgidas de este contrato se rigen por las reglas propias del derecho privado. En todo caso, el productor es un vendedor de fruta dentro del mercado nacional y no tiene relaciones con las autoridades encargadas de la vigilancia y control de las exportaciones.

La Frutera de Sevilla es compradora dentro del mercado nacional con el fín de exportar. Como exportadora debe obtener las licencias correspondientes y se obliga a traer al país y vender al Banco de la República las monedas extranjeras obtenidas por la venta de la fruta en el mercado internacional. Debe garantizar esta obligación con el otorgamiento de las cauciones que exigen los reglamentos. Nace así una obligación de derecho público entre el exportador y las agencias oficiales competentes que se limita a vender al Banco de la República las monedas extranjeras obtenidas por la exportación en cuantía igual a la indicada en la licencia o a la que se pruebe como valor efectivo de la venta, protegida con la garantía de reintegro, que el banco pagará en moneda nacional según la tasa de cambio establecido para estas operaciones.

Según los hechos aducidos en este juicio, las relaciones jurídicas descritas en los literales anteriores no están en controversia.

Se alega que los bananos exportados fueron vendidos a precio inferior al mínimo garantizado a los productores de la fruta, por tanto el exportador debía cumplir su obligación de derecho privado que consistía en pagar la diferencia entre el precio efectivo de venta en el mercado internacional y el mínimo garantizado al productor nacional. Ese mínimo fue expresado en dólares pero por el monopolio de las monedas extranjeras sólo podía hacerse en su equivalente en pesos.

Como la obligación a favor de los productores quedaba cumplida al entregarles los pesos correspondientes al mínimo prometido y tales productores no eran parte en la relación de derecho público nada podían demandar del estado. Si la compañía exportadora no hubiera cumplido su obligación para con los productores éstos sólo tenían acción ejercible contra

la contraparte ante los tribunales ordinarios. En el presente juicio no puede discutirse esta relación jurídica exclusivamente privada.

La compañía exportadora podía obtener la moneda necesaria para pagar la diferencia entre el precio efectivo de exportación y el mínimo pactado de cualquier fuente, nacional o extranjera. Dice que optó por obtener el valor de esta diferencia de precios por la vía de importar monedas extranjeras cuyo producto en pesos no estaba destinado a cumplir con las obligaciones nacidas de la relación de derecho público (reintegrar el valor del bien exportado según lo expresado en la licencia) sino a cumplir la obligación de derecho privado nacida del contrato celebrado con los productores de la fruta. Por tanto esta introducción de moneda extranjera al país era, desde el punto de vista del régimen legal de cambios internacionales, un acto voluntario (o si se prefiere, espontáneo es decir no obligatorio) de importación de capital que el Banco de la República debía pagar en pesos a la tasa legal aplicable al mercado de capitales.

No es superfluo agregar que como según el artículo 250 del decreto 444 de 1967 las obligaciones estipuladas en moneda extranjera deben cumplirse el día del vencimiento en pesos colombianos liquidados a la tasa del mercado de capitales, los productores de banano tenían derecho a recibir no solo el excedente del precio mínimo garantizado, si lo hubiere, sino el precio mínimo, en pesos en la cuantía resultante de aplicar la tasa de dicho mercado de capitales a esta última obligación. Y así es porque de lo contrario habría que aceptar que el productor era consocio del exportador con obligación de reintegrar la moneda extranjera y copartícipe en los demás riesgos del negocio (inclusive la venta por debajo del mínimo garantizado), lo que no es cierto según ya se explicó, circunstancia por la que se desecha como necesaria la pretendida personería de los productores para reclamar ante el Banco de la República. Del contexto global de la negociación examinada (la relación de derecho privado y la de derecho público), el productor de la fruta solo tendría acción para reclamar de su contraparte en el contrato, por la vía ordinaria, el pago completo de su precio mínimo liquidado a la ya mencionada tasa correspondiente al mercado de capitales. Esta, sin embargo, es solo mención incidental que se hace por vía ilustrativa puesto que no puede controvertirse ante los tribunales administrativos.

Resta sólo analizar si está o no demostrado en autos el aserto de la demandante de que trajo dólares al país en cuantía superior al monto de los reintegros que debía hacer como exportadora de banano y si es o no oportuno solicitar actualmente que se reajusten aquellas operaciones cambiarias para que se le reembolsen a la Frutera las cantidades que afirma reintegro en exceso. Al respecto, aparece:

El Consejo comparte la tesis del Fiscal de que la prueba idónea para demostrar el valor declarado para la exportación no es la que se trajo, es decir, la certificación del Director y Contralor de la United Fruit Continental N. V. expedida en Amsterdam; han debido traerse como tal las respectivas licencias de exportación, prueba que no se encuentra en parte alguna del expediente. Tampoco se adujo prueba idónea para demostrar que el precio de venta fue inferior al declarado. En estas circunstancias, no puede conocerse a ciencia cierta el monto que en moneda extranjera dijo haber traído la compañía por motivo distinto de la obligación de reintegrar el precio a que se vendió el banano.

Finalmente hay que tener en cuenta que para pedir los reajustes que ahora demanda la Frutera de Sevilla existe un término preciso que es el señalado por la Resolución 41 de 1966, dictada por la Junta Monetaria.

Y como no aparece que la compañía hubiera obrado dentro de ese plazo en las distintas oportunidades de exportaciones a que alude en su demanda, resulta claro que su pretensión actual hecha en forma genérica o global es extemporánea.

En efecto: el artículo 22 de la resolución No. 41 de 1966 dice lo siguiente:

> "Señálase en noventa (90) días, contados a partir de la fecha del registro de exportaciones, el término dentro del cual deben reintegrarse al Banco de la República las divisas provenientes de las exportaciones distintas del café, salvo en los siguientes casos:"
>
> a) Cuando se trate de exportaciones de banano, el sesenta (60) por ciento deberá reintegrarse dentro de los diez (10) días siguientes al registro de exportación y el saldo dentro de los sesenta (60) días posteriores a dicho registro. En caso de que el precio de venta sufra variaciones con respecto del consignado en el registro de exportación, al vencimiento del segundo plazo se hará el reajuste correspondiente".

La anterior Resolución fue ratificada por la 13 de 1967, artículo 11, letra b) dictada ya en vigencia del Decreto 444 de 1967.

La reflexión anterior conduce a que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada en las sesiones del 26 de agosto, 2, 9 y 16 de septiembre y aprobada en la sesión del 23 de septiembre de 1971.

Miguel Lleras Pizarro *Gustavo Salazar T.*

Juan Hernández Sáenz *Hernando Gómez Mejía*

Hernando Franco R.
Secretario

FONDO VIAL NACIONAL

ACTO ADMINISTRATIVO. *Requisitos para que exista.* **Según la doctrina, los actos administrativos "son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir efectos jurídicos" (Enrique Saagués Lasso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 281), o de personas u órganos distintos de la Administración, si actúan en función administrativa. Se comprenden en este concepto todos los actos administrativos, por el órgano o el contenido, habida consideración de que, en el régimen jurídico colombiano, aunque prevalece en su determinación el criterio orgánico, por excepción tiene también aplicación el material o de fondo, como sucede, por ejemplo, con los actos de elección o nombramiento que, cualquiera que sea el órgano que los dicte, se definen por la ley como administrativos, o, a contrario sensu, con los actos a que se refieren los Arts. 76, Ords, 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución reputados por el Art. 214 ibídem como leyes en sentido material aunque dictados por el Gobierno Nacional. Por tanto, para que exista acto administrativo se requiere, entre otros requisitos, que el funcionario u órgano que obra en función administrativa exprese su voluntad con la finalidad de producir un efecto en derecho, como sucede con todos los actos jurídicos, en forma de crear, modificar, o extinguir situaciones jurídicas generales o particulares o de colocar a una o más personas determinadas en situaciones jurídicas estatutarias.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., septiembre veinticuatro de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo.**

Ref: Expediente No. 1389
Actor: Dres. César Castro Perdomo y Antonio Monzón Mora. Nulidad de la cláusula contenida en el numeral 25-C de las condiciones generales de Contratación de la Dirección General de Construcción-División de Programas y contratación del Fondo Vial Nacional.

Los doctores César Castro Perdomo y Antonio Monzón Mora, en ejercicio de la acción de nulidad y en demanda presentada personalmente el 8 de abril de 1970, pidieron al Consejo que declare "nula la cláusula contenida en el numeral 25-C de las condiciones Generales de Contratación de la Dirección General de Construcción División de Programas y Contratación del Fondo Vial Nacional, para todos los contratos administrativos celebrados entre particulares y aquel establecimiento público. . . ".

I. *Los antecedentes.* Los antecedentes son los siguientes:

1. *Los hechos de la demanda.* La demanda se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

1. El fondo Vial es un establecimiento público, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, "encargado de atender a los gastos que demandan el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales, el estudio, conservación y mejoramiento de las vías fluviales y de auxiliar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales con las fuentes de ingresos económicos autorizados en la ley 64 de 1967 y en el Decreto-Reglamentario No. 2862 de 1968";

2. La cláusula cuya nulidad se pide reza: "Anticipos. El fondo Vial concederá anticipos hasta completar el veinte (20o/o) por ciento del valor del contrato sobre los cuales cobrará intereses del quince (15o/o) por ciento anual. Dicho interés se liquidará mensualmente sobre el saldo de los anticipos a cargo del Contratista el último día de cada mes. El contratista deberá pagar los intereses mediante su deducción de las Actas";

3. La cláusula cuya nulidad se pide "constituye una norma administrativa de carácter general que se incorpora en todos los contratos celebrados entre aquel establecimiento público y los particulares para la prestación del servicio público de obras públicas, según lo previsto en la cláusula segunda del contrato", como aparece "en el modelo de contrato del Fondo Vial" que se acompaña;

4. Tal cláusula "crea una nueva fuente patrimonial para el Fondo Vial Nacional, consistente en que los intereses cobrados a los contratistas por la anticipación de fondos en los contratos respectivos, ingresan al patrimonio de aquel fondo";

5. Pero tal fuente de ingreso no está autorizada por la ley 64 de 1967 ni por el Decreto 2862 de 1968 "como constitutiva de patrimonio del establecimiento público en referencia";

6. El Fondo Vial "solo puede ejecutar los actos administrativos autorizados en las normas orgánicas de su existencia y su patrimonio legal es el previsto en sus leyes normativas".

2. *Las disposiciones invocadas y los conceptos de violación.* Se señalan como violadas, en síntesis, las siguientes disposiciones:

Arts. 20 de la Constitución, que prescribe que los funcionarios públicos deben actuar dentro de su competencia, en cuanto "los funcionarios públicos encargados de elaborar los modelos de contratos administrativos y las condiciones generales de contratación con el sector privado para la ejecución de los planes de obras públicas, han previsto una condición general de contratación, que es la demandada, para lo cual no están autorizados" por la ley 64 de 1967 y el Decreto Reglamentario No. 2862 de 1968; 2o. de la ley 64 de 1967 y 6o. del Decreto Reglamentario No. 2862 de 1968, que señalan taxativamente las fuentes fiscales de ingresos del Fondo Vial, por crear el acto acusado un nuevo ingreso, no previsto en las normas invocadas; y Art. 30 del Decreto-ley No. 1050 de 1968, que prescribe que los establecimientos públicos, como el Fondo Vial, "se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los creó y a sus estatutos", sin que puedan "desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos", a causa de que por la cláusula acusada, que creó una nueva fuente de ingreso, "se ejecutó un acto prohibido para el Fondo Vial Nacional porque no está autorizado en sus normas orgánicas".

3. *La Vista Fiscal.* El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que "la cláusula cuya nulidad se demanda "no constituye acto administrativo, por encontrarse en un folleto, al parecer editado por el Ministerio de Obras Públicas, bajo el título de "Condiciones Generales de Contratación" pero sin que aparezca del texto impreso si éste hace parte de alguna ley, decreto o resolución, pues la página primera principia con la "Sección C" relacionada con "normas generales" y las últimas páginas terminan con una minuta de contrato, todo ello sin firma alguna, y sobre todo sin que implique obligatoriedad para nadie", por lo que estima que la acción no puede prosperar.

II. *Las consideraciones de la Sala.* La Sala considera, de acuerdo con la

vista Fiscal, que la cláusula acusada de nulidad no constituye un acto administrativo que le permita proveer en el fondo, conforme a los siguientes motivos:

a) Según la doctrina, los actos administrativos "son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir efectos jurídicos" (Enrique Saagués Lasso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 281), o de personas u órganos distintos de la Administración, si actúan en función administrativa. Se comprenden en este concepto todos los actos administrativos, por el órgano o el contenido, habida consideración de que, en el régimen jurídico colombiano, aunque prevalece en su determinación el criterio orgánico, por excepción tiene también aplicación el material o de fondo, como sucede, por ejemplo, con los actos de elección o nombramiento que, cualquiera que sea el órgano que los dicte, se definen por la ley como administrativos, o, a contrario *sensu*, con los actos a que se refieren los Arts. 76, Ords. 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución, reputados por el Art. 214 ibídem como leyes en sentido material aunque dictados por el Gobierno Nacional.

b) Por tanto, para que exista acto administrativo se requiere, entre otros requisitos, que el funcionario u órgano que obra en función administrativa exprese su voluntad con la finalidad de producir un efecto en derecho, como sucede con todos los actos jurídicos, en forma de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales o particulares o de colocar a una o más personas determinadas en situaciones jurídicas estatutarias. Por ello los países de "régimen administrativo" se caracterizan por el poder de la Administración de dictar actos unilaterales y obligatorios y de obrar material y unilateralmente en interés público (Jean Rivero, Droit Administrative, Pag. 11); y, recíprocamente, los particulares pueden ocurrir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en interés de la legalidad o en defensa de sus derechos, civiles o administrativos, violados o desconocidos por actos o hechos de la administración.

c) Pero, en el caso sub judice, la cláusula 25-C "de las condiciones generales de contratación de la Dirección General de Construcción División de Programas y Contratación del Fondo Vial Nacional", como así se expresa en la demanda, no es acto administrativo susceptible del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a saber:

1. Como sostiene el señor Fiscal 1o., el impreso denominado "condiciones generales de contratación", que comienza con una "Sección C" sobre "normas generales", no se encuentra suscrito ni fué autorizado por funcionario alguno;

2. Por el contrario, según constancia del señor Ministro de Obras

Públicas, que reitera el Jefe de la División de Programas y Contratación del mismo Ministerio, "ni el Ministerio de Obras Públicas ni el Fondo Vial han producido acto administrativo alguno que regule las relaciones contractuales para ejecución de obras públicas en forma general" (Fs. 17 y 23);

3. Cierto que en algunos de los contratos celebrados por el Fondo Vial Nacional se estipuló la cláusula a que se refiere la demanda, pero ello sólo demuestra ese hecho, no su vigencia como acto creador de situación jurídica general, como se sostiene en el libelo;

4. Por tanto, "las condiciones generales de contratación", en las cuales se comprende la cláusula 25-C, no constituyen acto administrativo, sino apenas el "pliego de condiciones" que el Ministerio de Obras Públicas y el Fondo Vial Nacional someten a los concursantes particulares, cuya obligatoriedad radica en el acuerdo de voluntades del contrato que consiguientemente se celebre, no en que sea decisión administrativa general y obligatoria.

d) En realidad la ley prevé la posibilidad de que se elabore un modelo de contrato "que el gobierno adopte por medio de decreto" para los contratos que celebre la Nación con las demás entidades públicas (Arts. 32 del Decreto-ley No. 1050 de 1968 y 6o., numeral 2o., del Decreto- ley No. 550 de 1960); pero, en primer lugar, ello con la finalidad, prevista en el Art. 20 de la ley 19 de 1958 (Art. 31 del Decreto-ley No. 1050 de 1968), de desconcentrar en entidades oficiales las funciones del Gobierno Nacional en la construcción de obras públicas; además, aunque el correspondiente modelo se aprobó por Decreto No. 1779 de 1960, se dispuso en el mismo que a él deben ceñirse "en lo posible" las estipulaciones contractuales, es decir, que, aunque aprobado por decreto, puede variarse, dentro de los límites legales, por acuerdo de las partes.

e) En conclusión, la relación jurídico-procesal se trabó sobre acto inexistente, por lo que la Sala no puede dictar sentencia de mérito, que debe fundarse en la confrontación del acto acusado con las disposiciones invocadas como violadas; tal fue también, a este respecto, el criterio de la Sección 4a. de esta Sala en sentencia de 29 de octubre de 1970.

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, de acuerdo con el concepto fiscal, declara que no procede decidir en el fondo por inexistencia del acto.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese.

Jorge Dávila Hernández *Alfonso Arango Henao*

Lucrecio Jaramillo Vélez *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 352-III 4/PJ

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

REGISTRO DE NOMBRES Y MARCAS COMERCIALES. *Como requisito constitutivo del derecho sobre ellos* **La ley distingue entre los nombres comerciales, enseñas, títulos o rótulos que identifican a personas o a establecimientos. y las marcas que especifican sus mercancías o productos. Así, mientras que éstas precisan del registro como requisito constitutivo del derecho. (Art. 31, 35 y 37 de la ley 31 de 1925), sin perjuicio de lo prescrito por los Arts. 4o. y 5o. de la ley 94 de 1931 que también lo reconocen mediante su solo uso, público y notorio, durante tres años por lo menos, los nombres comerciales, estimados como "una propiedad" por el Art. 57 de la Ley 31 de 1925, según el Art. 62 ibídem, para ser protegidos no necesitan registrarse. La Ley no prohibe el registro de los nombres comerciales, sino que sólo prescribe que no es necesario para que puedan protegerse como "una propiedad", porque basta su uso o posesión con el carácter distintivo que le es propio.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

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

Consejero Ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo.**

Ref: Expediente No. 1477
Actor: Samuel Jorge Ramírez Moya. Nulidad y suspensión provisional del certificado de Registro No. 68.820 de 7 de mayo de 1969, expedido por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y Resolución sin número de 9 de enero de 1969, del Ministerio de Desarrollo económico.

Se decide el juicio promovido por el señor Samuel Jorge Ramírez Moya, mediante apoderado, para que se declare la nulidad del certificado de registro número 68.820 del 7 de mayo de 1969 expedido por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Resolución sin número del 9 de enero del año indicado del Ministerio de Desarrollo Económico que ordenó expedirlo.

I. *Los antecedentes.* Los antecedentes son los siguientes:

1. *Los hechos de la demanda.* La demanda se funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) El señor J. Alberto Ramírez M. solicitó el registro del nombre comercial "Platería Ramírez" que, luego de surtida la tramitación para el registro de marcas, le fué concedido con el número 68.820 y que consiste, esencialmente, "en el derecho a utilizar en forma exclusiva el nombre de "Ramírez" para distinguir establecimientos comerciales y más concretamente platerías, establecimientos comprendidos en la clase 14 del decreto 1707 de 1931":

b) El actor solicitó a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio anular la Resolución sin número del 9 de enero de 1969, pero éste no accedió a su petición.

2. *Las disposiciones invocadas y los conceptos de violación.* Se señalan como violados los Arts. 31, 35 y 62 de la ley 31 de 1925 y 2o. de la ley 94 de 1931, en cuanto el actor considera que, según las mencionadas disposiciones, sólo procede el registro de marcas, no el de nombres comerciales, como sostuvo el Consejo en sentencia del 1o. de julio de 1969 que anuló la parte pertinente del Decreto Reglamentario del Art. 2o. de la ley 94 de 1931.

3. *La solicitud de suspensión provisional.* Como el actor solicitara en la demanda la suspensión provisional del acto acusado, su petición fué denegada por auto de 20 de enero pasado, por no verificarse que el acto acusado sea manifiestamente violatorio de las normas invocadas.

4. *La vista fiscal.* El señor Fiscal 1o. del Consejo conceptúa que procede

acceder a las peticiones de la demanda, en síntesis, por los siguientes argumentos:

a) En el caso *sub judice* se trata del registro de un nombre comercial, no de una marca, que según el Art. 62 de la ley 31 de 1925, la jurisprudencia y la doctrina "no es necesario" para usar de los derechos que le acuerda la misma ley;

b) Por consiguiente, al conferir los actos acusados "el uso exclusivo "del nombre" "Platería Ramírez" al señor J. Alberto Ramírez M., violaron el Art. 62 de la ley 31 de 1925.

II. *La sentencia.* Surtida legalmente la tramitación del juicio, la Sala estima que deben negarse las peticiones de la demanda por los siguientes motivos:

a) La ley distingue entre los nombres comerciales, enseñas, títulos o rótulos que identifican a personas o a establecimientos, y las marcas que especifican sus mercancías o productos. Así, mientras que éstas precisan del registro como requisito constitutivo del derecho (Art. 31, 35 y 37 de la ley 31 de 1925), sin perjuicio de lo prescrito por los Arts. 4o. y 5o. de la ley 94 de 1931 que también lo reconocen mediante su solo uso, público y notorio, durante tres años por lo menos, los nombres comerciales, estimados como "una propiedad" por el Art. 57 de la ley 31 de 1925, según el Art. 62 *ibídem,* para ser protegidos no necesitan registrarse.

b) Por tanto, contra el aserto del actor, la ley no prohibe el registro de los nombres comerciales, sino que sólo prescribe que no es necesario para que puedan protegerse como "una propiedad", porque basta su uso o posesión con el carácter distintivo que le es propio. En otros términos, el registro de los nombres comerciales no es requisito constitutivo del derecho sobre ellos, pero esto no obsta para que los interesados lo soliciten y la Administración lo efectúe, conforme a la atribución específica que, a este respecto, adscribe a la Sección de Marcas, División de Industrias, de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Art. 322, literal a), del Decreto-ley No. 2974 de 1968, a saber: "Estudiar y tramitar conforme a la ley, las solicitudes que se relacionen con el registro de marcas de fábrica, rótulos y nombres comerciales, lemas de propaganda, muestras, enseñas y estilos comerciales", atribución que anteriormente correspondía al Ministerio de Fomento (Arts. 4o. del Decreto 0071 de 1955, 4o. del Decreto No. 2297 de 1957 y 37, literal a), del Decreto-ley No. 1652 de 1960).

c) Cierto que, como sostiene el actor, por sentencia del 1o. de julio de 1969 la Sala declaró la nulidad del Art. 6o. del Decreto Reglamentario No. 1707 de 1931 –derogado integra y expresamente por el Art. 13 del Decreto Reglamentario No. 2379 de 1970– en lo relativo a "nombres comerciales,

rótulos de establecimnientos, almacenes, clubes, etc". Pero, por una parte, ello por considerar, esencialmente, que el Art. 2o. de la ley 94 de 1931, que prescribe que "el registro o inscripción de las marcas de fábrica, comercio o agricultura se hará por clases, según la naturaleza de los artículos o manufacturas a que se destine y de acuerdo a la clasificación que al respecto haga el Poder Ejecutivo", no le facultaba para hacer una clase especial, la número 14, con los nombres comerciales; además, ella se dictó con posterioridad a los actos acusados, motivo por el cual, aún en el supuesto de que resolviera que no procede el registro de los nombres comerciales, no sería directamente aplicable al problema que se decide.

d) En el caso *sub judice*, por los actos acusados se registró el título o rótulo del establecimiento industrial y comercial denominado "Platería Ramírez" en favor del señor J. Alberto Ramírez M., a quien se reconoció como único propietario del mismo, con "derecho exclusivo de usarlo en el territorio de la República". Como la ley permite, según lo expuesto, el registro del nombre comercial, procedió legalmente la Administración, mediante los actos acusados, al inscribir el rótulo de que se trata: y como tal inscripción, de acuerdo con el Art. 62 de la ley 31 de 1925, no es constitutiva sino declarativa de derecho, al que *se reconoce* al señor J. Alberto Ramírez M. al uso exclusivo del referido nombre es apenas la consecuencia lógica de su registro, sin perjuicio de terceros, quienes pueden, en principio, hacer valer sus derechos de conformidad con la ley (Arts. 37, 59 y 66 de la ley 31 de 1925, 4o. 5o y 7o. de la ley 94 de 1931; 16, 18, 19 y 20, literal a), de la ley 59 de 1938 y 11 de la ley 155 de 1959).

e) En fín, respecto del cargo de la demanda consistente en que los actos acusados son también violatorios de los Arts. 31 y 35 de la ley 31 de 1925, basta observar, en primer lugar, que se funda en la violación directa del Art. 62 ibídem y, además, que según éste, como se ha demostrado, pueden registrarse los nombres comerciales.

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, NIEGA las peticiones de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese a la Superintendencia de Industria y Comercio y archívese el expediente.

Jorge Dávila Hernández *Alfonso Arango Henao*

Lucrecio Jaramillo Vélez *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

A 353-I4/AN

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS EXTRANJERAS SIN DOMICILIO EN EL PAIS. Tales personas no están obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio, puesto que el legislador estableció para ellas el sistema de impuesto único con retención en la fuente.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., noviembre cuatro de mil novecientos setenta y uno.

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

Ref: Expedientes Nos. 1795 y 1801
Actores: León Posse Arboleda y James W. F. Raisbeck.

El Director General de Impuestos Nacionales expidió con fecha 18 de enero de 1971 la circular número 11 DL/R en la que imparte a los liquidadores de impuestos las siguientes instrucciones:

1. Las sociedades extranjeras se encuentran sujetas a las tarifas de renta previstas por el artículo 57 de la ley 81 de 1960, al complementario de

exceso de utilidades, al recargo por fraccionamiento, a los impuestos especiales de fomento eléctrico e ICSS y de vivienda y al impuesto de remesas al exterior.

2. Se debe practicar a las mismas sociedades liquidación de aforo en las que se tasarán los impuestos a cargo de tales contribuyentes, con la advertencia de que no se les impondrá la sanción prevista en el artículo 129 del decreto 1651 de 1961 "la cual solo es procedente cuando el contribuyente se encuentre obligado a presentar declaración de renta".

Y agrega el funcionario:

> "Para facilitar el cumplimiento de esta circular las oficinas de liquidación efectuarán las liquidaciones de aforo en el momento de practicar la liquidación oficial de las personas naturales o jurídicas colombianas que hayan efectuado pagos a sociedades extranjeras. Si después obtienen informaciones o tienen conocimiento de que tales sujetos pasivos obtuvieron otras rentas, deberán solicitar a las oficinas de recursos tributarios o a esta Dirección, de acuerdo con la cuantía, la práctica de liquidaciones de revisión.
>
> "Con el objeto de efectuar las respectivas notificaciones de las liquidaciones de aforo, las oficinas de impuestos nacionales solicitarán a las sociedades extranjeras que informen la dirección a la cual debe remitirse la respectiva liquidación".

El abogado León Posse Arboleda pidió al Consejo de Estado declare la nulidad de la referida circular por estimar que es violatoria de los artículos 99 del Código Contencioso Administrativo, 28 del decreto 1651 de 1961, 1o., ordinal g) de la ley 28 de 1967, 27 a 31 del decreto 1366 de 1967, 6, 57, 91 y 101 de la ley 81 de 1960.

Casi simultáneamente el ciudadano colombiano James W. F. Raisbeck presentó demanda en idéntico sentido y adujo parecidas razones en derecho, por lo que a solicitud de una de las partes se dispuso la acumulación de los juicios, los que ahora van a quedar resueltos con el presente fallo.

El agente del ministerio público doctor Bernardo Ortiz Amaya conceptúa que de acuerdo con la ley la liquidación de aforo solo se debe hacer a los contribuyentes que están obligados a presentar declaración de renta y patrimonio y que no estándolo las sociedades extranjeras con domicilio en el exterior, según repetidas sentencias del Consejo de Estado, mal se les puede aplicar ese procedimiento.

En firme el auto de citación para sentencia procede la Sala a dictar la que corresponda en derecho, mediante las consideraciones que siguen:

1. El legislador tiene prescrito que las personas naturales, las personas jurídicas, inclusive las corporaciones, asociaciones y fundaciones de derecho canónico, las sociedades de hecho, las sociedades ordinarias de minas, las comunidades ordinarias organizadas, las sucesiones ilíquidas y las asignaciones y donaciones modales que obtengan un ingreso de cualquier origen en cuantía mayor de cuatro mil pesos en el año o que posean en el país en el último día de período fiscal derechos apreciables en dinero en cuantía mayor de diez mil pesos, están obligadas a presentar cada año declaración de renta y patrimonio.

El anterior mandato rige desde hace años y el legislador de 1969 (ley 27, artículo 7o) lo reprodujo textualmente del decreto-ley 1651 de 1961 con la sola modificación de que elevó la cuantía mínima del ingreso y de los derechos apreciables en dinero.

2. El Congreso Nacional expidió la ley 28 de 1967 de precisas facultades al gobierno para reformar las disposiciones de impuestos sobre la renta, sus complementarios y especiales, con el fin de evitar la evasión y el fraude fiscales. Por lo que dice relación con las personas domiciliadas en el exterior que reciban pagos en Colombia el legislador concretó su pensamiento en la citada ley, así:

> "Artículo 1o. . . . g) Gravar hasta con un 40o/o, con retención en la fuente, los dividendos pagados o abonados en cuenta por sociedades anonimas 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 declaraciones de renta y patrimonio".

3. En ejercicio de tales facultades el gobierno expidió el decreto-ley 1366 de 1967. La atribución del ordinal g) del artículo antes transcrito la desarrolló de las siguiente manera en el estatuto citado:

> "Artículo 27. Quien efectúe pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior 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 (12o/o) del valor nominal del pago o abono.

"Artículo 28. Las sociedades anónimas o en comandita por acciones que paguen o abonen dividendos a compañías u otras entidades extranjeras que no los distribuyan a su vez en el país, o a personas naturales no residentes en Colombia, están obligadas a retener un impuesto sobre la renta del doce por ciento (12o/o) del valor nominal del pago o abono.

"Artículo 29. Las sociedades diferentes de las anónimas y en comandita por acciones, cuando parte de sus derechos sociales corresponde a compañías y 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 (18o/o) de las participaciones que a tales socios correspondan en la renta líquida gravable, previa deducción del impuesto liquidado a la sociedad.

"Artículo 30. Las tarifas señaladas en los dos artículos anteriores se elevarán al cuarenta por ciento (40o/o) cuando no se demuestre que más del setenta y cinco por ciento (75o/o) del valor total de las acciones o derechos sociales en la compañía extranjera pertenece, directamente o a través de otras sociedades, a personas naturales extranjeras no residentes en Colombia.

"De todas maneras la tarifa del cuarenta por ciento (40o/o) se aplicará sobre los dividendos o participaciones que en tales sociedades extranjeras correspondan, directamente o a través de otras sociedades a los socios o accionistas no identificados como personas naturales no residentes en Colombia".

Este último artículo lo sustituyó el legislador por el 35 de la ley 63 de 1967, así:

"Las entidades obligadas a hacer la retención de que tratan los artículos 28 y 29 del decreto 1366 de 1967, deberán retener el cuarenta por ciento (40o/o) cuando la compañía extranjera beneficiaria no les demuestre que más del setenta y cinco por ciento (75o/o) del valor total de las acciones o derechos sociales en ella pertenece directamente o a través de otras sociedades, a personas naturales extranjeras no residentes en Colombia.

"De todas maneras, se aplicará la retención del cuarenta por ciento (40o/o) sobre la parte proporcional que en los dividendos o participaciones recibidos por tales sociedades extranjeras corresponda, directamente o a través de otras sociedades, a socios o accionistas no identificados como personas naturales no residentes en Colombia.

"Cuando en el país del domicilio de la sociedad beneficiaria de dividendos o participaciones originados en Colombia se graven estas rentas con una tarifa no inferior a los dos tercios del impuesto de la renta de las sociedades anónimas, de acuerdo con el artículo 57 de la ley 81 de 1960 y se acredite este hecho, no será

necesaria la identificación individual de los socios o accionistas personales naturales.

"Si la compañía extranjera tiene sus acciones al portador y no se cumple la condición señalada en el inciso anterior, la retención sobre los correspondientes dividendos se deberá hacer a la tarifa del cuarenta por ciento (40o/o)".

4. El gobierno reglamentó las normas del decreto 1366 y de la ley 63 de 1967 por medio del decreto número 154 de 1968 y allí dispuso que las personas jurídicas y naturales no residentes en Colombia a quienes se hiciesen los pagos de que tratan los artículos 27, 28, 29 y 30 arriba transcritos deberían presentar declaración de renta y patrimonio y que en su liquidación privada podrían deducir del total del impuesto de renta el valor que por este concepto les hubiese sido retenido (artículo 67, inciso 2o., 69, inciso 3o. y 70).

Estas nuevas prescripciones del decreto 154 fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencias de 30 de octubre de 1969, 16 de octubre de 1970 y 18 de marzo de 1971, porque encontró que estudiadas las normas reglamentadas ellas no imponían a las personas jurídicas o naturales residentes en el exterior beneficiarias de pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, "sin duda porque el legislador estimó que para que tales personas cumplan con el deber de pagar el impuesto sobre la renta, el sistema de retención en la fuente en la proporción y modo indicados es suficiente", según se lee en el primero de los fallos citados.

5. Después de proferido el fallo de 30 de octubre de 1969, el Director General de Impuestos Nacionales impartió instrucciones a las oficinas liquidadoras en el sentido de que para el año gravable de 1969, en virtud de lo establecido en el artículo 7o. de la ley 27 de 1969, las personas jurídicas domiciliadas fuera del país debían presentar declaración de renta (circular número 30 de marzo 20 de 1970).

Este nuevo acto administrativo también fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, por sentencia de 13 de agosto de 1970, porque encontró que del examen comparativo del artículo 7o. invocado en la circular con el artículo 1o. del decreto 1651 de 1961 aparecía que la ley de 1969 se limitaba a aumentar las cuantías para efecto de la obligación de declarar, "pero de ninguna manera establecía que las personas jurídicas domiciliadas fuera del país tenían esa obligación".

Y por sentencia de 6 de agosto de 1970 el Consejo declaró nula la resolución número 3471 de 9 de abril de 1970 del Ministerio de Hacienda que disponía reabrir hasta el 30 de abril de 1970 el plazo dentro del cual las sociedades extranjeras que no operan en Colombia y que reciben pagos o

abonos en cuenta por los conceptos enunciados en el artículo 27 del decreto 1366 de 1967 debían presentar la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1969, porque la corporación encontró que tal resolución reproducía normas que habían sido declaradas sin valor jurídico.

6. De la relación anterior aparece que el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de estudiar en repetidas ocasiones los puntos a que se refiere la circular acusada por los actores Posse Arboleda y Raisbeck y de ese estudio resulta que existen decisiones firmes de la corporación que crean jurisprudencia sobre tales cuestiones, la que puede resumirse así:

a) El legislador le dió facultades al gobierno para implantar un sistema en virtud del cual las personas naturales y jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia quedasen sometidas a un impuesto único con retención en la fuente, sin la obligación de presentar declaraciones de renta y patrimonio (ley 28 de 1967).

b) El gobierno en desarrollo de tales facultades, expidió el decreto-ley 1366 de 1967 y por lo que hace a las personas naturales y jurídicas extranjeras sin domicilio en el territorio nacional que reciban pagos o abonos en cuenta o dividendos gravables en Colombia, las sometió al impuesto único con retención en la fuente, en los porcentajes fijados en los artículos 27, 28, 29 y 30, este último sustituído por el artículo 35 de la ley 63 de 1967.

c) El Consejo de Estado en numerosos fallos ha declarado que tales personas no están obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio, puesto que el legislador estableció para ellas un régimen diferente de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, cual fue el de impuesto único con retención en la fuente, sistema que hace innecesaria aquella formalidad.

7. No estando obligadas tales personas a presentar declaración de renta y patrimonio, contrarían la ley las autoridades fiscales si les practican liquidación de aforo, en los términos prescritos por el artículo 28 del decreto 1651 de 1961, puesto que tal liquidación dice relación es con los contribuyentes que no presenten declaración de renta y patrimonio o que requeridos no la presentaren, esto es, que la liquidación de aforo se debe practicar es a quienes la ley les impone esa obligación.

Y como ya está dicho y repetido los mismos contribuyentes satisfacen su obligación de tributar en lo que con los impuestos sobre la renta y complementarios se refiere pagando el impuesto único de retención en la fuente, tal como se prescribe en el decreto 1366 y ley 63 de 1967.

Los pagos o remesas de rentas en dinero o en especie a sociedades

extranjeras que no distribuyan los dividendos o las utilidades en el país, deben tributar en la cuantía y forma prescritos por el artículo 17 de la ley 63 de 1967, que sustituyó al 31 del decreto 1366 de 1967, también por el sistema de impuesto único con retención al momento del pago o de la remesa.

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

FALLA:

Declárase nula la circular número 00011 DL/R de 18 de enero de 1971 expedida por el Director General de Impuestos Nacionales.

Transcríbase este fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Miguel Lleras Pizarro *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Gustavo Salazar T.*

Hernando Franco Rojas
Secretario

A 354 - III 3/PJ

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

ENCAJE LEGAL ORDINARIO Y ENCAJE LEGAL REDUCIDO. El encaje legal ordinario o normal es el mínimo que deben mantener los bancos para responder de sus pasivos exigibles inmediatamente, o a la vista, o antes de treinta días y lo que viene llamándose encaje legal reducido es lo mismo que el normal en cuanto a las condiciones generales pero se permite que su proporción sea menor siempre que las colocaciones o sea inversiones y préstamos sean en las condiciones que de cuando en cuando señala la Junta Monetaria, destinadas a fines especiales de fomento.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., noviembre diez de mil novecientos setenta y uno.

Proponente: Miguel Lleras Pizarro.

Ref.: Radicación No. 1320. Nulidad de las resoluciones números 1001 de 1968 y 368 de 1969 de la Superintendencia Bancaria. Demandante: Banco de la Sabana.

Por los actos acusados se impuso al Banco de la Sabana y se confirmó pena de $15.230.88 por haber mantenido durante veinte días "deficiencias de

encaje" en el término transcurrido entre el 25 de septiembre y el 18 de Octubre de 1968. El total de desencaje ascendió a $121.847.000.oo lo que significa un promedio diario de $6.092.350.oo. En ejercicio de las facultades que al Superintendente Bancario atribuyen el artículo 32 de la ley 45 de 1923 y el 11 del decreto 756 de 1951 la pena se le acordó por el equivalente a 1/4 del 1o/o del promedio mencionado con la advertencia de que el banco era reincidente por tercera vez en el mismo año por la falta que originó la sanción.

El demandante reconoce los hechos pero considera que la interpretación de las disposiciones aplicables fue errónea porque durante los días 25, 26, 27, 28 y 30 de Septiembre de 1968 las cuentas registradas indicaban que, al menos para esos días, el banco tenía derecho a que se le reconociera el llamado "encaje reducido" y que en consecuencia los promedios mensuales han debido considerarse inferiores y la pena, por concepto del banco, ha debido ser menor en la cantidad de $2.330.63 que es lo que pide que se le devuelva después de la declaración de nulidad.

Por petición del actor se decretó la prueba de examen pericial y se sortearon los peritos que habrían de evacuarla. Después de posesionados, el banco desistió de la prueba; se negó a pagar los honorarios ya causados y decretados, se abstuvo de aducir otros instrumentos probatorios y tampoco alegó.

El apoderado de la Superintendencia, doctor Rafael Peña Onzaga rebate extensamente las observaciones del demandante. En su alegato puede leerse: "La Superintendencia no aplicó en el mes de Octubre encajes elevados. Por razón del sistema de promedios vigentes en la liquidación del mes de Octubre debían incluirse los cinco últimos días del mes de septiembre y en todo ese mes de septiembre era obligación de la Superintendencia aplicarle al Banco de la Sabana el encaje ordinario, legal o elevado como ahora ha dado en llamársele; ese es un punto que está demostrado hasta el exceso especialmente dentro del juicio 1141 que mencioné atrás". Más adelante se lee: "En el hecho 5o. señala el Banco los motivos por los cuales considera que la liquidación no se ajustó al procedimiento debido y anota su concepto de tal violación, consistente —según afirma— en que la Superintendencia Bancaria mezcló indebidamente y contra sus propias instrucciones las dos condiciones que se requieren para gozar del encaje reducido, a saber:

a) No aumentar los activos productivos y

b) Destinar no menos del 50o/o de sus recaudos de cartera a "aliviar la situación de desencaje". Obsérvese marginalmente como la mencionada resolución 44 de la Junta Monetaria no dice "aliviar la situación de desencaje" como reza la demanda sino de "eliminar el desencaje".

Conviene sobre ese particular anotar que, fuera de que una desprevenida lectura de la norma señala que el esfuerzo del banco debe estar encaminado a eliminar el desencaje, no puede ser otro el espíritu de aquélla. Porque carecería de sentido conceder el beneficio del encaje reducido para que los bancos, a su amparo continuaran manteniendo deliberadamente defectos de encaje.

"Sin embargo, como tal propósito sería de muy difícil comprobación, se acepta que la providencia de la Junta Monetaria que acaba de citarse da lugar a que los bancos que han mostrado posición negativa de encaje en un mes cualquiera puedan continuar presentando defectos de encaje en meses sucesivos y beneficiándose simultáneamente del régimen especial reducido. Pero lo que no es posible afirmar es que la Superintendencia Bancaria haya mezclado o confundido las dos condiciones previstas por la Junta Monetaria en la resolución 44 de 1966.

"Lo que ocurre es que no es posible separarlas como pretende el Banco de la Sabana. Porque es de simple lógica que si uno de los renglones que conforman el gran total de "Activos Productivos" tiene una disminución por cualquier suma, ese gran total debe por fuerza disminuír en suma igual".

Después de advertir que este no es asunto complicado de teorías económicas comenta que es un problema de aritmética que consiste llanamente en que si varios sumandos, una vez agregados, producen un total, una disminución en cualquiera de esos sumandos ocasiona simultáneamente una reducción del total. "Entonces, si un banco debe destinar el 50o/o de sus recaudos de cartera a un objeto específico, está sustrayendo una parte de uno de los renglones de activos productivos y esa sustracción está afectando el valor total de dichos activos productivos. Por consiguiente, no hizo la Superintendencia cuyo acto se acusa una mezcla de factores, como afirma el demandante, sino por el contrario dió a la resolución número 44 de 1966 de la Junta Monetaria la única aplicación racional que era posible".

Por ilustrar correctamente el tema debatido se transcribe íntegro el siguiente aparte del alegato de la Superintendencia:

"Volviendo atrás, tal providencia de dicha Junta no puede tener un fin distinto de que los bancos eliminen en breve término los defectos de encaje en que dentro de cualquier mes hubieran podido incurrir. En encaje bancario es uno de los elementos esenciales de seguridad, de control monetario y de buen manejo de la gestión bancaria. Con celo riguroso lo ha mirado así el legislador desde el año de 1923 y, en armonía con ese celo, la Junta Monetaria expidió la Resolución 44 de 1966 para obligar a los bancos a balancear las colocaciones con las disponibilidades.

"Si un banco se ha excedido en las colocaciones, se disminuyen las sumas

que debe mantener en caja —que de allí provino la palabra encaje—. Presentada esa situación que es la que constituye el desencaje, es necesario que la balanza vuelva a su lugar. Para ello previó la Junta Monetaria que se destinen a eliminar el desencaje no menos del 50o/o de los recaudos de cartera.

"Por cartera se entiende, según dice la Circular 59 de 1966 de la Superintendencia Bancaria el saldo del renglón 361 del balance (formulario SB-1) que se llama "préstamos y descuentos".

"Ese renglón 361 constituye pues uno de los elementos de los activos productivos de un establecimientos bancario. Si dentro de la operación normal de un banco que en un mes cualquiera —llamémoslo agosto— presentó situación de desencaje, ocurren o se presentan dentro del siguiente mes —septiembre— recaudos por una cantidad cualquiera, ese banco está en la necesidad, impuesta por la simple prudencia, de buscar la manera de volver a la situación de encaje a que legalmente está obligado.

"Pero sentemos, ya como interpretación más acomodada a la realidad la ocurrencia de que para el mes siguiente al en que un banco presentó situación de desencaje no haya podido regresar a la normalidad del encaje.

"Estaría ese banco en la necesidad —para beneficiarse con el régimen del encaje reducido— de demostrar que hizo el esfuerzo de volver a la situación de encaje. Una de las manifestaciones de ese buen ánimo es la de destinar no menos del 50o/o de sus recaudos de cartera a aumentar sus disponibilidades, o sea, a colocarse dentro del encaje, en otros términos: no puede ese banco prestar nuevamente ese 50o/o del valor de sus recaudos.

"Por consiguiente, si el renglón de cartera era —para el mes de agosto propuesto a manera de ejemplo— de $500.oo, y obtuvo recaudos por $100.oo en el mes de septiembre, debe destinar $50.oo a mejorar la situación del encaje, lo que significa que para el mencionado mes de septiembre el renglón de cartera no puede exceder de $450.oo, porque si excede quiere ello decir que el banco colocó o prestó nuevamente más del 50o/o de los recaudos de cartera, es decir, no satisfizo las exigencias de la Resolución 44 de 1966 de la Junta Monetaria.

"Por consiguiente, no es que la Superintendencia Bancaria haya confundido las dos condiciones que establece esa disposición de la Junta, sino que aquéllas se complementan y es la una a la otra como la parte al todo".

El señor Fiscal doctor Bernardo Ortiz Amaya coincide con los planteamientos de la Superintendencia, alude a eruditos conceptos suyos presentados en negocios análogos así como a doctrinas reiteradas de esta sala y concluye solicitando que no se acceda a lo demandado.

Para resolver se considera:

Aunque el tema debatido en este proceso es idéntico al que ya ha examinado el Consejo en negocios del mismo demandante, especialmente en sentencia de 2 de Septiembre de 1971 pronunciada en el expediente No. 1319 con ponencia del doctor Gustavo Salazar, en la de 1o. de Octubre del mismo año en el negocio No. 1141 con ponencia del doctor Hernando Gómez Mejía y en el de 17 de Diciembre de 1970 con ponencia del doctor Juán Hernández Sáenz, no es superfluo hacer ahora algunos comentarios adicionales que contribuyan, si es posible, a aclarar o a perfeccionar la doctrina ya acogida por esta sala.

Debe reconocerse que la composición gramatical y el lenguaje empleado en los reglamentos sobre materia bancaria expedidos durante los últimos diez años no representan contribución elogiable para aclarar los sistemas continuamente variados a que están sometidos los Bancos. Desde luego quienes están en el oficio ya tienen la pericia indispensable para desentrañar el sentido de los reglamentos pero tal habilidad no es común a todos como se demuestra por la mera lectura de los documentos que forman los procesos que hasta el Consejo han llegado. Basta leer las circulares de la Superintendencia Bancaria en las que después de transcribir las resoluciones de la Junta Monetaria se ve obligada a explicar no solo cómo han de cumplirse en la práctica sino cuál es su objeto y, hasta donde puede, cuál su verdadero entendimiento. La regla general de que las palabras empleadas por la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio salvo cuando la misma ley define otras aceptaciones, no es usual ni aplicable en el lenguaje bancario que constituye todo un "argot" o germanía inteligible solo para los iniciados. El capítulo primero de la ley 45 de 1923 cuenta con 18 artículos en los que se definen ciertas expresiones pero se pasa por alto la palabra "encaje" como si su sentido natural y obvio fuera el de la cantidad de dinero que debe mantenerse en caja para responder de los pasivos y poder pagarlos tan pronto como sean exigibles. Esta acepción ya ha sido asimilada por nuestro lenguaje común pero no figura ni en el apéndice de la última edición del diccionario de la real academia española. En esa obra se lee: "Encaje. Masculino. Acción de encajar una cosa en otra. Sitio o hueco en que se mete o encaja una cosa. Ajuste de dos piezas que cierran o se adaptan entre sí. Cierto tejido de mallas, lazadas o calados, con flores, figuras u otras labores, que se hace con bolillos, aguja de coser o de gancho, o bien a máquina. . . etc. etc. y encajar es verbo transitivo que significa meter una cosa dentro de otra ajustadamente. . . etc. etc." Como muestra de reglamentación ininteligible para el común de las gentes basta citar, al acaso, el artículo único de la resolución 45 de 1966 que reza: "Para efectos de la resolución 45 de 1966 de la Junta Monetaria, se entiende que un banco está en situación de desencaje cuando la suma de los defectos de encaje excede a la suma de los excesos en el mes respectivo".

Lo anterior explica por qué los bancos, la Junta Monetaria y la misma Superintendencia del ramo suelen confundirse al interpretar y aplicar los reglamentos relativos a la función bancaria.

Originalmente, cuando los billetes eran convertibles en metal, encaje era la cantidad de oro que debía mantenerse guardada en las cajas de seguridad para responder del pasivo general que significaban los billetes de papel en circulación. También la cantidad de moneda de curso forzoso que los bancos debían mantener en caja para responder de los pasivos a su cargo, en primer lugar de los depósitos consignados por la clientela. Con el tiempo, esta noción fue complicándose, desapareció la convertibilidad del billete y se aceptó que otras especies distintas a la moneda de curso obligatorio podían mantenerse en caja para responder de los pasivos. Luego la exigencia de esta garantía se extendió a cumplir fines distintos de la responsabilidad por los pasivos y comenzó a utilizarse como medio restrictivo de la moneda en circulación y por tanto de control directo sobre la capacidad de los bancos para otorgar préstamos o hacer otras inversiones retributivas. En el presente la imagen actual de esta institución llamada "encaje" tiene muy poca similitud con su función original al extremo de que los bancos comerciales no están obligados a entregar al Banco de la República diariamente o semanalmente en dinero efectivo las sumas representativas de la responsabilidad mínima en relación con sus pasivos exigibles y los límites del encaje se acuerdan como mecanismos para regular el medio circulante o moneda en poder del público y para inducir el crédito restando autonomía a los dueños de los establecimientos bancarios que ya no pueden colocar su dinero según sus propias preferencias o criterios de utilidad sino con sujeción a los mandatos del gobierno.

Prescindiendo de ciertas complicaciones el encaje legal ordinario o normal según las nociones contemporáneas es el mínimo que deben mantener los bancos para responder de sus pasivos exigibles inmediatamente, o a la vista, o antes de treinta días y lo que viene llamándose encaje legal reducido es lo mismo que el normal en cuanto a las condiciones generales pero se permite que su proporción sea menor siempre que las colocaciones o sea inversiones y préstamos sean en las condiciones que de cuando en cuando señala la Junta Monetaria, destinadas a fines especiales de fomento.

Las proporciones de estos encajes varían de tiempo en tiempo a veces con velocidad inesperada así como cambian también las condiciones para reconocer el encaje normal o el encaje reducido. En el momento de redactar esta sentencia el normal es igual al 39o/o y el reducido al 33.5.o/o. En épocas anteriores las diferencias han sido otras.

En cualquiera de las dos situaciones si la cantidad que debe mantenerse en caja es inferior al límite legal o reglamentario y esta inferioridad se mantiene por veinte días continuos o más el superintendente debe imponer sanción

pecuniaria igual a un porcentaje no mayor del 1o/o liquidado en relación con la diferencia entre el mínimo legal y el que en realidad ha habido. (Para no incurrir en el mismo defecto ya comentado se omite explicar en qué consiste la impropiedad de la expresión "activos productivos", tan usada en las resoluciones de la Junta Monetaria).

Según lo que se ha alegado en este proceso el demandante cree que según las reglas vigentes se puede "gozar" simultáneamente de las consecuencias del encaje normal ordinario y de las del encaje legal reducido. La Superintendencia no lo niega enfáticamente pero lo discute con alguna vacilación. Como ya se explicó el encaje normal supone que el banco prefiere administrar su negocio con una relativa mayor libertad y si así procede podrá prestar a intereses superiores al del 14o/o anual por ejemplo y para fines distintos de los de fomento indicado en varias disposiciones. Si opta por administrar su negocio con más estricta subordinación a las exigencias gubernativas podrá mantener un encaje inferior pero, en ese caso, debe cumplir la totalidad de las condiciones entre las que se cuentan además de las colocaciones en préstamos de fomento, los límites en operaciones de garantía y avales, etc., la de que si en un momento dado el límite de su encaje desciende por debajo del legal, (por la autorización momentánea de un giro en descubierto en cuenta corriente, por ejemplo), debe destinar lo que recaude por abonos de su clientela a aumentar las cantidades que constituyen el encaje hasta llegar al mínimo legal. Curiosamente, los reglamentos ahora vigentes en cuanto hace a esta condición sólo piden que el 50o/o de los recaudos de cartera se destine a disminuír el desencaje es decir a aumentar el mínimo que debe mantenerse en caja para responder de los pasivos y, por tanto, admite que el otro 50o/o se destine a nuevas colocaciones, regulaciones que, al menos en principio, desfiguran la naturaleza de lo que se llama encaje. La confusión del Banco de la Sabana se origina en creer que hay dos nociones diferentes, la disminución de los activos productivos y el aumento del encaje, confusión explicable por el enredo ya comentado del lenguaje que se emplea en los reglamentos. Se supone que activo productivo significa la cantidad de dinero que es posible prestar o invertir sin que al hacerlo se tomen parte de los dineros o bienes representativos de tales dineros que deben mantenerse en caja para responder de los pasivos de donde resulta que disminuir los mal llamados activos productivos es igual a aumentar los peor llamados encajes reducidos o también encajes normales u ordinarios.

De las anteriores explicaciones y de las extensas que contiene las sentencias mencionadas al principio de ésta, se concluye que el encaje legal ordinario y el encaje legal reducido no pueden exitir simultáneamente, ni un banco pasar de un momento a otro de la posición en encaje normal a la de encaje reducido y que las exigencias de éste último no pueden cumplirse parcialmente sino todas ellas a la vez y si alguna no se satisface no hay lugar al reconocimiento del encaje reducido sino del normal u ordinario.

En el presente proceso, como en los anteriores promovidos por el mismo Banco de la Sabana lo que ha ocurrido es que de los recaudos de cartera no se destinó a aumentar el encaje para completar el mínimo legal requerido la cantidad que entonces exigían los reglamentos que era la del 50o/o de lo recaudado. Así lo demuestra el cuadro presentado por el apoderado de la Superintendencia, folio 50 del cuaderno principal.

La resolución No. 44 de 1966 acerca de cuya interpretación discrepan el banco y la superintendencia fue aclarada después por el número 35 de 1969 y esta última lo ha sido por posteriores actos de la misma Junta Monetaria pero tales resoluciones aclaratorias no son modificatorias y aunque sea justo reconocer que el sistema es el mismo, es también justo advertir que la resolución 44 de 1966 era más o menos tan confusa como las posteriores que han aspirado a aclararla.

Lo cierto es que el banco para hacer su defensa se olvidó computar como "nuevas colocaciones" las inversiones voluntarias por $40.545.oo, los descubiertos provisionales por $67.197.78; los descubiertos permanentes por $421.506.10 y los pagos o reembolsos hechos al Banco de la República, no computables para el efecto del encaje, por $1.170.000.oo.

En consecuencia el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

No se accede a decretar las nulidades pedidas y por tanto se deniegan las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Superintendente Bancario. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la sala de diez de Noviembre de mil novecientos setenta y uno.

Gustavo Salazar Tapiero *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Miguel Lleras Pizarro*

Hernando Franco Rojas
Secretario

A 355-IV 59/77

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

ADJUDICACION DE BALDIOS. Contra las Resoluciones del INCORA sobre adjudicación de baldíos proceden las acciones contencioso administrativas ante el Tribunal correspondiente, que es el de la ubicación del inmueble.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Bogotá, D.E., noviembre treinta de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Portocarrero M.**

Ref. Expediente No. 1319
Ordinario (INCORA). Actor: Ana Caballero de Bleir.

Procede la SALA DE DECISION de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a desatar el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la señora ANA CABALLERO DE BLEIR contra la providencia de 28 de septiembre del presente año, por la cual no se admitió la demanda que instauró contra la Resolución No. 14453 de 1969 originaria del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA que adjudicó como baldío un terreno al señor Ernesto Mogollón.

Como argumentos de su recurso adujo la jurisprudencia del Consejo según la cual es esta Corporación la competente para conocer de actos como los enjuiciados en su libelo.

Como el trámite de la súplica se encuentra agotado, corresponde entrar a resolverla, para lo cual son pertinentes las siguientes CONSIDERACIONES:

Ciertamente, el Consejo había venido sosteniendo que el juez competente para conocer de acciones como la instaurada por la señora Caballero de Bleir, era esta Corporación. Más esa afirmación se hizo sobre la base de una errónea interpretación del art. 38 de la Ley 135 de 1961, pues como se dice acertadamente en la providencia suplicada: ". . . la Ley 135 de 1961, sobre Reforma Social Agraria, estableció la excepción —al principio general de competencia señalado en el Art. 34 ord. 10 del C.C. A. se refiere— "precisamente para esta clase de negocios. En efecto, el artículo 38 dice: "Son nulas las adjudicaciones de terrenos baldíos que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial". Y el artículo 42 ibídem agrega: "Contra las Resoluciones que dicte el Instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos procederá el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa. Pero sin necesidad de solicitar tal reposición, los interesados podrán intentar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente". Este Tribunal correspondiente, es el de la ubicación del inmueble de que se trata. En ambas disposiciones se menciona "el Tribunal correspondiente", que no puede ser otro que el del Departamento donde esté situado aquél, lo cual facilita, como es obvio, el ejercicio de la acción consagrada contra estas Resoluciones de adjudicación de baldíos. Por último el numeral 4o. del artículo 32 del Decreto 528 de 1964, atribuye a los Tribunales Contencioso Administrativos el conocimiento "de los demás asuntos que les asigna la ley 167 de 1941 *y las que la adicionan y reforman*", entre ellas, la 135 de 1961".

Que esa fue la intención del legislador, se desprende igualmente del argumento de que el Art. 42 de la citada Ley 135 no expresa, como sí se hizo en el Art. 23 (reformado por el 7o. de la ley 1a. de 1968) que sería la Corte Suprema de Justicia (hoy el Consejo de Estado) la entidad competente para conocer de esta clase de juicio. (Se refiere a la extinción del dominio).

Además de los argumentos anteriores, la misma finalidad de la ley agraria que trata de proteger al cultivador de la tierra, sobre todo si es de escasos recursos, lleva a la conclusión de que para que pueda existir una defensa verdadera para los adjudicatarios de baldíos, los juicios que se inicien contra

los actos del "INCORA" que los conviertan en propietarios rurales deben iniciarse ante los Tribunales Administrativos del lugar donde esté ubicado el inmueble adjudicado y no ante el Consejo de Estado, ya que en la mayoría de los casos la defensa se tornaría casi imposible por los costos que la misma significa.

Por último, la experiencia ha demostrado que la mayoría de los juicios en acciones como la instaurada en el presente caso no han prosperado, pues la notificación personal a los adjudicatarios no ha podido cumplirse y el Consejo ha tenido que declarar la perención de las instancias.

Como se observa que la demanda fue instaurada ante el Tribunal competente que es el Administrativo de Cundinamarca, el que la rechazó con base en la jurisprudencia anterior del Consejo, debe ordenarse que el expediente sea remitido a esa Corporación para que allí continúe su tramitación, ya que sería inequitativo cerrar las puertas de la justicia al demandante por haberse operado el fenómeno de la caducidad de la acción, sin culpa del mismo.

Por lo expuesto, la SALA DE DECISION DE LA SECCION TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO,

CONFIRMA la providencia suplicada.

Previa desánotación en los libros de la Secretaría, remítanse los autos al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que le dé tramitación al libelo de demanda instaurado contra la Resolución No. 14453 de 1969 por la señora ANA CABALLERO DE BLEIR.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Portocarrero M. *Osvaldo Abello Noguera*

Gabriel Rojas Arbeláez

Victor M. Villaquirán M.
Secretario

A 356-VI 5/PJ

OFICINA DE CAMBIOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA

CAPITALES EXTRANJEROS. Inversiones y registro. Libertad y control cambiarios. Remesas de utilidades y reembolso del capital.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., diciembre primero de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia: 1508
Actor: Burroughs de Colombia S.A.

La sociedad Burroughs de Colombia S.A. por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pide al Consejo de Estado se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que es nulo el ordinal 3o. de la parte resolutiva del oficio OCB-J-6240 de 29 de julio de 1970 de la Oficina de Cambios del Banco de la República, por el cual se niega el registro de unas inversiones extranjeras que la sociedad demandante efectuó en el país.

b) Que es nulo el oficio OCB-J-8804 de 23 de octubre de 1970 de la Oficina de Cambios del Banco de la República que, al resolver el recurso de reposición contra el oficio anterior, lo confirmó en todas sus partes;

c) Que Borruoughs de Colombia S.A. queda restablecida en los siguientes derechos:

1. Su derecho a obtener el registro de la totalidad de su inversión de capital extranjero en el país, lo cual la Oficina de Cambios debe efectuar por un valor de US$ 834.638.03;

2. Su derecho a remesar, en dólares, de acuerdo con el Decreto 444 de 1967 y posteriores reglamentos, las utilidades causadas y aún no remesadas por la sucursal colombiana a la casa matriz. Los dólares que deban adquirirse para remesar las anteriores utilidades deberán ser suministrados a las tasas de cambio vigentes en las épocas en que tales giros debieron efectuarse, o, subsidiariamente, al tipo de cambio vigente en la fecha de compra de las mencionadas divisas;

3. Su derecho a remesar en el futuro las utilidades que obtenga, en la cuantía autorizada por la ley y

4. Su derecho a poder reembolsar el total de sus inversiones de capital al exterior, en caso de enajenación total o parcial de su empresa.

LOS HECHOS:

Los hechos esenciales de esta demanda pueden sintetizarse así:

1. Durante el lapso comprendido entre los años 1960 y 1968 Burroughs de Colombia S.A. invirtió en el país una suma equivalente a US$ 834.638.03. Esta inversión se efectuó gradualmente mediante varias importaciones de máquinas al país, valiéndose de licencias *no reembolsables,* es decir, sin solicitar dólares oficiales para pagar el valor de las máquinas importadas.

Tales inversiones se resumen en el siguiente cuadro:

a) Inversión representada en máquinas completas de contabilidad, escritura 945, Notaría 4a., 2 de marzo/61	US$	85.878.oo
b) Inversión representada en máquinas completas de contabilidad, escritura No. 6702 Notaría 4a., diciembre 13/61		81.230.10

c) Inversión representada en máquinas completas de contabilidad, escritura No. 187, Notaría 9a, 23 de enero/63	112.893.93
d) Inversión representada en máquinas comerciales completas, escritura No. 5879, Notaría 9a, 20 de noviembre/63	55.872.oo
e) Inversión representada en máquinas comerciales completas, escritura No. 5179, Notaría 9a, diciembre 31/65	258.287.58
f) Inversión representada en máquinas y otras retribuciones valiosas, escritura No. 5177, Notaría 9a, noviembre 24/66	123.377.16
g) Inversión representada en máquinas y otras retribuciones valiosas, escritura No. 4117, Notaría 2a, octubre 26/67	90.678.oo
h) Inversión representada en máquinas y otras retribuciones valiosas, escritura No. 0380, Notaría 9a, febrero 12/68	6.386.oo
i) Inversión autorizada por oficio No. J-6883 de junio 7/67 de la Superintendencia de Sociedades	20.035.26
Total.....	US$ 834.638.03

Como puede observarse, la mayor parte de las inversiones se hicieron con anterioridad al 22 de marzo de 1967, fecha en la cual entró a regir el decreto 444 y solamente las tres últimas se hicieron con posterioridad a la vigencia de dicho decreto.

2. Basándose en los artículos 106, 120, 121 y 122 del decreto 444 de 1967, la sociedad demandante solicitó a la Oficina de Cambio el registro de esas inversiones, registro que le fué negado mediante los oficios que hoy se acusan.

Disposiciones violadas y concepto de violación.

El señor apoderado de la parte actora sintetiza así las normas violadas y el concepto de su violación:

1. En primer lugar, considera violado todo el capítulo 8o. del decreto ley

444 de 1967 que enuncie las reglas que la Oficina de Cambios debe seguir para registrar las inversiones extranjeras.

2. En cuanto a la negativa de registrar las inversiones anteriores el decreto 444, considera que se han violado los artículos 119 a 123 del citado decreto, al no aplicarlos o aplicarlos indebidamente, pues esos artículos indicarían que toda inversión de capital extranjero hecha en el país antes del 22 de marzo de 1967 tendría derecho al registro y a sus beneficios desde que se demuestre su autenticidad y su movimiento (art. 121).

3. En cuanto a la negativa a registrar las inversiones posteriores al decreto 444, considera que se han violado, por indebida aplicación, el artículo 106 del decreto 444 y los artículos 1o. de la resolución 1o. de 1967 y 1o. de la resolución 9a. de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica, ya que, al enumerar las modalidades que puede revestir una inversión extranjera, se enuncia específicamente la importación de capital con licencia no reembolsable de maquinaria o equipo. También se violarían los artículos 27, 28 y 29 del Código Civil sobre interpretación de la ley, que disponen que no se puede desatender el tenor literal de una norma a pretexto de consultar su espíritu.

4. En concepto del actor, los actos acusados también violarían por falta de aplicación, los artículos 268 y 269 del decreto 444, el artículo 15 de la resolución 1a. de 1967 y el artículo 16 de la resolución 9a. de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica, porque estos artículos establecen que toda disposición contraria al decreto 444 o referente a materias enteramente reguladas por él quedan derogadas. Por consiguiente, al quedar el registro de inversiones extranjeras enteramente regulado por el decreto 444, el actor deduce que la Oficina de Cambios estaba obligada a otorgar el registro pedido, sin razonar con base en disposiciones derogadas.

5. Los actos acusados también violarían los artículos 1 y 2 de las resoluciones 1a. de 1967 y 9a. de 1968 respectivamente, por indebida aplicación, al sostener la Oficina de Cambios que la sociedad demandante hizo inversiones de capital durante el año de 1967 que excedieron de US$ 100.000., cuando la realidad es que parte del capital que se pretende importado en 1967, lo fué en 1966.

6. Los actos acusados también violarían los artículos 2081 del Código Civil y 30 del decreto 2521 del decreto 2521 de 1950, que establecen que el aporte a una sociedad puede hacerse en dinero o *efectos;* y la sociedad demandante, al aportar máquinas, al capital de su sucursal colombiana, actuaba dentro del marco de la ley.

7. Finalmente, se señala como violado el artículo 472 del antiguo Código Judicial (Art. 4o. del nuevo) que dice que "el objeto de los procedimientos

es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva" y que "con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas que se aduzcan como fundamento del derecho".

Para decidir la Sala considera:

Del 17 de junio de 1957 al 22 de marzo de 1967 existió en el país una absoluta libertad cambiaria. Los capitales extranjeros podían vincularse al país por el mercado libre pero debían moverse por ese mismo mercado en cuanto a la remesa de utilidades y reembolso del capital llegado el caso. Por otra parte, el Gobierno no adquiría ningún compromiso de entregar dólares oficiales a los inversionistas extranjeros que se hubieran vinculado al país por el mercado libre, cuando estos quisieran remesar sus utilidades o retirar sus inversiones. Y esto era lógico porque, si el inversionista extranjero vendía sus dólares en el mercado libre, no podía esperar que el Gobierno le concediera dólares oficiales, a un precio menor, cuando fuera a remesar utilidades o a reembolsar el capital.

Con fecha 22 de marzo de 1967, se dictó el decreto 444 que estableció en Colombia el control de cambios y el registro de capitales extranjeros. Dicho decreto, en sus artículos 105 a 150, hace las siguientes distinciones:

a) Para las inversiones de capital extranjero hechas con posterioridad al 22 de marzo de 1967, el artículo 106 dispone que "las inversiones de capital extranjero en empresas establecidas o que se proyecte establecer podrán revestir las siguientes posibilidades:

1. Importación de maquinaria o equipos con licencias no reembolsables, como aporte de capital,

2. Importación de divisas que se vendan al Banco de la República para inversiones en moneda nacional como aporte directo de capital o adquisición de derechos, acciones u otros valores; y

3. Las demás que determine el Consejo Nacional de Política Económica mediante resoluciones de carácter general.

Este artículo fué reglamentado por las resoluciones 1 de 1967 y 9 de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica.

b) Para las inversiones de capitales extranjeros hechas entre el 17 de junio de 1957 y el 22 de marzo de 1967, el artículo 120 ibídem, dispuso que deberían registrarse en la Oficina de Cambios y que el registro constituía requisito indispensable para poder continuar girando al exterior utilidades y para reembolsar el capital, llegado el caso.

El artículo 121 ibídem, que es fundamental dijo:

"La Oficina de Cambios podrá rechazar las solicitudes de registro que se presenten en desarrollo del artículo anterior cuando no se comprueba suficientemente ante ella la *autenticidad* de la inversión y los datos relativos a su movimiento".

Procede, por tanto, estudiar cada una de las hipótesis:

I. *Inversiones anteriores al 22 de marzo de 1967.*

Las inversiones de capital extranjero hechas en el país antes del 17 de junio de 1957 debían registrarse. Según el decreto 444 para ellas no es necesario un nuevo registro. Por otra parte, como en el caso *sub-judice* no se presenta ningún problema acerca de esas inversiones, no es necesario estudiarlas.

Por consiguiente, el siguiente estudio se concreta en aquellas inversiones de capital extranjero hechas en el país entre el 17 de junio de 1957 y el 22 de marzo de 1967.

Durante ese período, como ya se dijo, rigió en el país una absoluta libertad cambiaria: Cualquier persona o entidad podía vincular al país un capital extranjero por intermedio del mercado libre y, por ese mismo mercado, podía remesar sus utilidades y reembolsar el capital, en caso de cesación total o parcial de los negocios en Colombia. De acuerdo con el decreto 107 de 1957 (Art. 20) los capitales importados por el mercado libre no tenían que registrarse en la Oficina de Cambios del Banco de la República, ya que su reembolso debía hacerse a través del mismo mercado libre.

Esto significa que quien hubiera vinculado capitales por el mercado libre no tenía derecho al registro y corría el riesgo de su inversión sin que el Estado le garantizara nada en materia cambiaria. Por consiguiente, no existían actos administrativos para calificar los capitales que ingresaban por el mercado libre, como ocurre hoy cuando el Estado, al expedir el registro, no solamente califica el capital como extranjero sino que le concede el derecho al reembolso y a la remesa de cierta proporción de utilidades (art. 115, decreto 444). Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Importaciones solamente tiene competencia para autorizar las importaciones pero no para expedir un registro con todos los beneficios que el implica.

En el caso *sub-judice,* la sociedad demante vinculó al país, con licencia no reembolsable, los capitales extranjeros marcados con las letras a)-f) del

cuadro anterior por la suma de US$717.538.76, representados en máquinas completas de contabilidad y otras retribuciones valiosas, que dicha entidad procedió a vender a sus clientes y cuyo precio, según el dictámen de los peritos, (folios 110 y 11) "permanece inalterado en la sucursal colombiana, independientemente de la venta de dichos equipos".

Según el mismo dictámen pericial:

> "Las importaciones de máquinas o equipos que se introdujeron al país mediante licencia no reembolsable fueron aportadas como capital y así fueron contabilizadas en los libros de la sucursal colombiana".
>
> "El producto de la venta de bienes que son objeto de aporte de capital en nada modifica o altera la cuenta de capital, ya que los bienes no se aportan bajo la condición de no enajenarlos. En el caso concreto la inversión de capital de la casa matriz por concepto de equipos importados con licencias no reembolsables no ha sido modificada por razón de la venta de tales equipos ni por ninguna otra razón y, consecuentemente, permanecía inalterada hasta el 31 de diciembre de 1970".

Ahora bien, es evidente que, durante el período de la libertad cambiaria, la sociedad demandante pudo remesar libremente sus utilidades y hubiera podido también reembolsar el capital incorporado al país; pero, como desde el 22 de marzo de 1967 fue abolido el sistema de la libertad cambiaria y establecido el régimen del control, procede estudiar cual es la incidencia del decreto ley 444 de 1967 sobre la situación de las inversiones de la sociedad demandante hechas con anterioridad a la vigencia del decreto.

a) *Derechos adquiridos.*

En primer lugar, es preciso dejar bien establecido que la sociedad demandante, al vincular al país capitales extranjeras por medio del mercado libre, no tenía derechos adquiridos a que ese mercado rigiera para siempre su inversión. En efecto, en cualquier momento, el Gobierno, por razones de interés público, podía sustituír el régimen de la libertad de cambios por el régimen del control de los mismos, como en efecto lo hizo por medio del decreto 444, sin que nadie pudiera alegar derechos adquiridos a la subsistencia del régimen de la libertad de cambios para regir las inversiones de capital hechas durante él, mayormente si se tiene en cuenta que el Gobierno, al permitir el mercado cambiario libre, no había garantizado ni el reembolso del capital ni la remesa de las utilidades, cuyos riesgos corrían por cuenta del inversionista.

En el caso *sub judice*, los inversionistas solamente tenían derechos adquiridos a la estabilidad de las situaciones jurídicas consolidadas durante el régimen de la libertad de cambios, como por ejemplo a que se respetaran las

remesas de utilidades o los reembolsos realizados antes de la vigencia del decreto 444, pero no tenían derecho adquirido a la perennidad del régimen de la libertad de cambio. La empresa demandante y cualquiera otra, al vincularse al país dentro del régimen de la libertad de cambios, corría el riesgo de que ese régimen desapareciera, como en efecto aconteció.

b) *Disposiciones del decreto 444.*

Como ya se dijo, el Gobierno no había asumido ninguna responsabilidad hacia el futuro por concepto de remesas de utilidades o reembolso del capital.

Sin embargo, el decreto 444 se refirió, en sus artículos 119 a 123, a las inversiones extranjeras anteriores a su vigencia, disponiendo en primer lugar que dichas inversiones "debían registrarse en la oficina de cambio para poder continuar girando al exterior las utilidades y para obtener el reembolso del capital, llegado el caso" (Art. 120). Dispuso además que "La Oficina de Cambios podía rechazar las solicitudes de registro cuando no se comprobara suficientemente la autenticidad de la inversión y los datos relativos a su movimiento" (Art. 121).

El señor apoderado de la parte actora sostiene que estas dos comprobaciones se hicieron y que, por consiguiente, la Burroughs de Colombia S.A. tenía derecho al registro de plano y sin que pudieran alegarse otras leyes, todas las cuales, al decir del actor, estaban derogadas por el decreto 444 que regula íntegramente la materia.

A este respecto la Sala observa: Las importaciones de máquinas hechas por la Burroughs de Colombia S.A. se hicieron bajo la vigencia de la ley 1a. de 1959, artículo 10o, modificado por el artículo 11 de la ley 130 del mismo año. La licencia de importación que en ese entonces se concedió a la Burroughs generaba la posibilidad de la importación, pero no otorgaba ninguna garantía cambiaria, lo cual, por otra parte, no era necesario por estar dentro del régimen de la libertad cambiaria.

Pero, terminado dicho régimen en virtud del decreto 444, y al tratarse del registro de las inversiones extranjeras hechas con anterioridad a su vigencia, esta Sala piensa que solamente tienen derecho al registro aquellas inversiones que, según las reglas vigentes en el momento de ser hechas, constituían una auténtica inversión.

En efecto, la autenticidad de la inversión de que habla el artículo 121 del decreto 444 se refiere no solamente a la simple incorporación de bienes o divisas al país, como lo pretende el actor, sino también a que sea una inversión en el sentido de las normas vigentes en el momento de su realización.

Ahora bien, las inversiones de la Burroughs son auténticas en el sentido de que las máquinas fueron introducidas al país con licencia no reembolsable, que en el país fueron vendidas y que el precio de la venta figura en los libros de la compañía en la cuenta de capital, pero no son auténticas en el sentido del artículo 10o. de la ley 1a. de 1959, modificado por el 11 de la ley 130 del mismo año, ya que no reunen todos los requisitos allí indicados para que pueda tratarse de una inversión en el sentido de la ley.

Sentado este principio, en lo cual esta Sala está de acuerdo con la oficina de cambios del Banco de la República (oficio OCB-J-6240, julio 29 de 1970), procede estudiar cuáles eran los requisitos de la ley 1a. de 1959 y cuáles no cumplió la Burroughs de Colombia. Los requisitos eran:

1. Importación de maquinaria o equipo;

2. Con carácter de no reembolsable;

3. Que se ajustara a las necesidades del desarrollo del país;

4. Que representara una importación de capital extranjero con destino a la suscripción de acciones en sociedades anónimas que funcionen legalmente en el país y

5. Cuya instalación no cree una demanda excesiva de divisas extranjeras.

1. *Importación de maquinaria y equipo.*

El más importante de estos requisitos es el primero o sea que se trate de una importación de maquinaria o equipo. En este punto el problema se plantea alrededor de saber si las máquinas importadas por la Burroughs de Colombia S.A. pueden considerarse "maquinaria o equipo".

El señor apoderado de la parte actora hace una larga exposición acerca del copulativo y, o del disyuntivo o, en la expresión "máquinaria o equipo", empleada por el decreto ley 444 y la expresión "maquinaria y equipo", empleada por los decretos reglamentarios y por la oficina de cambios. Esta Sala piensa que el punto no tiene mayor importancia, ya que se trata de una expresión unitaria (un endiadis, como dicen los gramáticos), o sea que a través de dos palabras se expresa un solo concepto.

Según el Código Civil (art. 27, 28 y 29), las palabras de la ley han de tomarse:

a) En su sentido natural y obvio;

b) En el sentido de una definición legal, si ella existe;

c) En el sentido de la ciencia o arte que las emplea, si se trata de palab as técnicas.

En el caso *sub judice,* no hay definición legal acerca de qué debe entenderse por maquinaria y/o equipo. De tal manera que solamente quedan las posibilidades marcadas con las letras a) y c).

En sentido natural y obvio, esta Sala piensa que no es lo mismo el concepto de "maquinaria o equipo" que el concepto "maquinas", Maquinaria o equipo significa un conjunto de máquinas que tienen un fin determinado, y este fin determinado del conjunto es el elemento que define el concepto de maquinaria o equipo en contraposición al concepto de máquina. Por ejemplo, las diversas máquinas que componen un establecimiento industrial forman la maquinaria del mismo por estar destinadas a la producción señalada. Pero, si el establecimiento industrial llega a vender sus máquinas una a una, su maquinaria o equipo desaparecen y surgen simples máquinas unitarias, concepto nuevo y distinto del primero.

Este concepto natural y obvio de maquinaria y equipo, proveniente de la mera definición de la palabra coincide, por otra parte, con el concepto que los economistas dan a la expresión, cuando afirman que por maquinaria y equipo debe entenderse aquél conjunto de máquinas que sirven para transformar materia prima en productos elaborados o terminados.

Ahora bien, a las máquinas completas de comercio o contabilidad que importó e importa la sociedad actora no se les puede dar el nombre de "maquinaria o equipo", pues ellas son unidades destinadas a la venta, simples objetos destinados al comercio. De tal manera que la sociedad actora importó máquinas, pero no maquinaria o equipo.

El señor apoderado de la parte actora afirma que, cuando el sentido de la ley es claro, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Es evidente. Pero, en el caso *sub judice,* la Sala no está consultando el espíritu de la ley sino su tenor literal, su sentido natural y obvio.

2. *Desarrollo del país.*

Otro de los requisitos del artículo 10 de la ley 1a. de 1959 consiste en que la índole de la maquinaria o equipo se ajuste a las necesidades económicas del país, dándose prioridad a aquellas actividades fabriles que fomenten nuevas exportaciones o sustituyan importaciones con ahorro efectivo de divisas, que creen industrias básicas o amlíen las existentes y generen empleo.

Esta Sala está de acuerdo con el concepto emitido por la oficina de cambios (folios 46 y 47), cuando conceptúa que las máquinas que importó la

sociedad actora no cumplieron con este requisito, pues no promovieron nuevas exportaciones ni sustituyeron importaciones ni crearon ni ampliaron industrias básicas y, en poca medida, generaron empleo.

3. *Aporte en especie.*

Se puede afirmar que efectivamente hubo un aporte de capital extranjero en especie, pero no un aporte de capital en maquinaria y equipo, como lo exigía la ley. Esta Sala está de acuerdo en el siguiente razonamiento de la oficina de cambios, cuando dice: "si las importaciones hubieran constituído en verdad aportes de maquinaria y equipo para la Burroughs de Colombia S.A., la tenían que haber contabilizado dentro del renglón de activos fijos. Sin embargo, como eran para la venta los acreditaron a capital y debitaron a inventarios. Conviene preguntar entonces: ¿Recibió la empresa receptora estas importaciones como maquinaria y equipo? Si así hubiera sido tendrían que figurar como activo fijo".

Por otra parte, esta Sala está de acuerdo con la oficina de cambios cuando afirma que de un estudio cuidadoso de la legislación colombiana y de sus antecedentes se llega a la conclusión de que nunca se ha aceptado en este país el registro, como capital extranjero, de productos terminados (resolución 175 de 1948; ley 8a. de 1952; ley 1a. de 1959 y decreto ley 444 de 1967).

Por todo lo dicho, esta Sala piensa que los actos acusados no violan los artículos 119 a 123 del decreto 444, ni los artículos 268 y 269 del mismo decreto ni otras disposiciones concordantes; ni los artículos 2081 del Código Civil y 30 del decreto 2521 de 1950. Y por consiguiente, en este punto, las peticiones del actor no están llamadas a prosperar.

II. *Inversiones posteriores al 22 de marzo de 1967.*

En cuanto a las tres inversiones hechas por la sociedad demandante con posterioridad al 22 de marzo de 1967, marcadas con las letras g, h, i del cuadro inicial y por valor de US$117.099.26, la negativa a registrarlas violaría, según el apoderado de la parte actora, el artículo 106 del decreto 444 y los artículos 1o. de la resolución 1a. de 1967 y 1o. de la resolución 9 de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica, ya que esos artículos, al enumerar las modalidades que puede revestir una inversión extranjera, se refieren específicamente a la importación "maquinaria o equipo" con licencia no reembolsable.

Aquí también el problema se plantea alrededor de si las máquinas importadas por la Burroughs de Colombia S.A. pueden considerarse como maquinaria y equipo o no.

Como este problema ya fue ampliamente dilucidado en el estudio acerca de las importaciones hechas antes de la vigencia del decreto 444, esta Sala piensa que las disposiciones acusadas no violan el artículo 106 del decreto mencionado ni los artículos 1o. de la resolución 1o. de 1967 y 1o. de la resolución 9 de 1968 y que, por consiguiente, el cargo no está llamado a prosperar.

Lo dicho es suficiente para que el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández *Lucrecio Jaramillo Vélez*

Alfonso Arango Henao *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

A 357- V 22/P J

CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA

CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA. Naturaleza Jurídica. Carácter jurídico de sus servidores.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.e., diciembre siete de mil novecientos setenta uno.

Consejero Ponente: **Dr. Eduardo Aguilar Vélez.**

Ante el Tribunal Administrativo del Valle el Dr. Mario Hormaza Zota, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó que, previos los trámites correspondientes, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que es nulo parcialmente el acto administrativo denominado Comprobante de pago de Prestaciones Sociales No. 2-412, de febrero 17 de 1970 por medio del cual se reconoce, liquida y paga la cesantía al Dr. Mario Hormaza Zota como funcionario de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicaya Ltda., expedido por esta entidad de derecho público, representada por el Dr. Jairo Libreros V., mayor y vecino de Cali, con domicilio en esta ciudad.

"2. La Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, por conducto de su órgano administrativo correspondiente, pagará al Dr. Mario Hormaza Zota, en el término establecido por el Artículo 121 de la Ley 167 de 1941, por concepto de excedencia por cesantía definitiva la suma de $69.804.48, dejada de pagar".

La síntesis de los hechos que sirven de fundamento a la acción es la siguiente:

El Dr. Mario Hormaza Zota sirvió a la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. del 7 de julio de 1953 al 17 de febrero de 1970. Durante el último año de servicios recibió como retribución al cargo de Gerente, las siguientes sumas:

1. Sueldo mensual $13.000.oo
2. Prima legal de junio de 1969 $6.500.oo
3. Prima legal de diciembre de 1969 $6.500.oo
4. Prima extralegal de junio de 1969 $4.333.35
5. Prima de Navidad Diciembre de 1969 $8.666.65
6. Prima extralegal de antiguedad (Julio 1969) $1.700.oo.

Durante su vinculación a la entidad pública se le liquidó al demandante, como anticipo de cesantía la suma de $30.795.oo valor que recibió en su debida oportunidad.

Por medio del acto acusado la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. liquidó y pagó al actor su cesantía definitiva por valor de $124.623.77 omitiendo el verdadero promedio de los salarios y sumas percibidas durante el último año de servicio, y la forma de liquidación que se debe tener en cuenta.

Si se considera el promedio de lo devengado en el último año de servicios por el Dr. Hormaza Zota, su tiempo de vinculación y las normas legales aplicables, le corresponde por concepto de cesantía definitiva la cantidad de $194.428.25 y no la suma reconocida. Por lo tanto se le adeuda la cantidad de $69.804.48.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION. Se citaron en la demanda, como violadas, las siguientes disposiciones: Art. 66 de la Ley 167 de 1941; artículo 13 del Decreto 2733 de 1959; artículo 1o. de la Ley 65 de 1946; artículo 1o. del Decreto 2567 de 1946 y Artículo 6o. del Decreto 1160 de 1947.

Se expone allí ampliamente, el concepto de violación de las normas citadas.

La Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. constituyó apoderado para que se opusiera a las pretensiones del actor.

En sentencia proferida por el Tribunal, con fecha 14 de noviembre de 1970, se accedió a las súplicas de la demanda. Como uno de los Magistrados no estuviera de acuerdo con el fallo, hubo de salvar su voto y la providencia se aprobó con un conjuez.

El apoderado de la Empresa apeló y el negocio llegó al Consejo. Tramitado en forma legal, oido el concepto de la Fiscalía Cuarta de la Corporación, es oportuno dictar el correspondiente fallo. A ello se procede, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

1. *Naturaleza del acto enjuiciado.* Se sostuvo por el apoderado de la empresa demandada que el acto de liquidación de las cesantías no era un verdadero acto administrativo, sino un recibo de pago.

A este respecto el Consejo está acorde con el Tribunal en que el acto impugnado es administrativo, pues él constituye una manifestación de voluntad de un órgano de la administración que ha colocado a una persona en una situación jurídica individual y concreta: el reconocimiento de una prestación social. Bien es verdad que en él se expresa que es un comprobante de pago, pero también es cierto que allí se hace el reconocimiento de la cesantía que la empresa cree deber al demandante.

En segundo lugar y en relación con la tesis expuesta en el salvamento de voto, en el sentido de que el acto no está firmado por el gerente de la Empresa Estatal y que por lo mismo se acusa un acto que no proviene de quien tiene facultad de obligar a la empresa, basta decir que está firmado por el Jefe de Personal y por el Revisor Fiscal y que en virtud del mismo se le pagó al actor las cesantías que la compañía creía deber. En consecuencia, siendo esto así, no puede ahora afirmarse que el acto no existe y que por lo mismo la demanda es inepta, tal como se pretende en el salvamento de voto.

2. *Concepto de la Fiscalía del Consejo.* La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su concepto de fondo, estimó que la sentencia debería ser revocada, para que en su lugar se decida que "falta el presupuesto procesal denominado competencia".

Estima la Agencia del Ministerio Público que como la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. es una empresa industrial o comercial del estado el régimen de las personas vinculadas a ella es el de los trabajadores oficiales, pues no aparece demostrado que el demandante tuviera la calidad de empleado público. "En los autos, dice la Fiscalía, existe copia autenticada de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la referida empresa y el Sindicato de Trabajadores de la misma, la cual aunque no existe prueba de su vigencia en la actualidad, sirve para indicar que según la aludida convención, las relaciones de los trabajadores y de la empresa no se rigen por el régimen de los empleados públicos, sino por el establecido en el Código Sustantivo del Trabajo".

De aquí se concluye que como la controversia es entre una empresa comercial del Estado y una persona que estuvo ligada a ésta por un contrato de trabajo, la competencia para resolver no la tiene esta jurisdicción.

A este respecto la Sala observa:

No es exacto afirmar que el demandante, en la última época de su vinculación, esto es desde el 23 de Agosto de 1965 hasta el 17 de febrero de 1970, tiempo en el cual desempeñó la Gerencia de la Sociedad Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, tuviera la calidad de trabajador oficial. El no estaba, cuando se retiró del servicio, dadas las funciones que desempeñaba, vinculado por un contrato de trabajo, su relación era, desde luego estatutaria y regida, en consecuencia, por las normas de los empleados públicos, según se verá más adelante. No asiste, por lo tanto razón a la Fiscalía al afirmar que esta jurisdicción no tiene competencia para resolver el presente litigio.

3. *Argumentos expuestos en esta segunda instancia por el apoderado de la Empresa.*

Estima el apoderado de la empresa que no se ha demostrado que el demandante tenga el carácter de empleado público, cuestión que ha debido probarse, pues se encontraba vinculado a una sociedad comercial y por lo mismo sujeta al derecho privado como lo predica el artículo 6o. del Decreto Extraordinario 1050 de 1968. El demandante se vinculó a la empresa por medio de un contrato de trabajo y además las relaciones laborales están regidas por el sistema de la convención colectiva que no está permitida por la ley cuando los servidores son empleados públicos. En la convención que obra en los autos se dice que el auxilio de cesantía se liquida de acuerdo con la ley, esto es por períodos trienales.

Además, el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 remite a los estatutos para definir los cargos que deban ser desempeñados por empleados públicos, modificación y clasificación de personal. No consta que la Empresa Comercial que profirió el acto haya hecho tales definiciones y clasificaciones.

De otro lado, la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. es una persona jurídica, de las denominadas en el artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968, Indirectas, esto es que no han sido creadas por la ley sino que son producto de acuerdos contractuales de otras personas jurídicas. No se ha definido si es del orden nacional, departamental o municipal y por lo tanto faltando tal definición las disposiciones del orden nacional no la cobijan si se considera que no es de este orden.

Mientras todas estas definiciones no se hayan efectuado no puede tenerse el Gerente de la empresa como Empleado Público.

En caso de que así no se considere, el apoderado estima que existen dos sistemas diferentes para liquidar la cesantía del demandante que no pueden mezclarse: una vinculado por contrato de trabajo y otra como empleado público. En este evento debe corregirse la liquidación de la sentencia de primera instancia.

Se sostiene igualmente la incompetencia de esta jurisdicción porque la controversia gira alrededor de una relación laboral emanada de un contrato de trabajo.

Frente a los anteriores planteamientos, la Sala estima:

a) *Naturaleza jurídica de la Central Hidroeléctirca del Río Anchicayá Ltda.*

De los estatutos de la empresa surge que ella es una sociedad de responsabilidad limitada, de carácter comercial y que su capital está constituído así: un 65.252o/o aportado por la Corporación Autónoma Regional de Cauca (C.V.C.), un 17.775o/o por el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali (Emcali) y un 16.973o/o por el Municipio de Cali. Lo anterior quiere decir que todo el capital de la empresa está constituído por aportes de entidades oficiales, con predominio económico de una entidad del orden Nacional, como es la C.V.C., lo cual la coloca en la categoría de una empresa comercial del Estado, esto es del orden nacional. Por lo tanto se le aplican las disposiciones que rigen para esta clase de personas jurídicas. La anterior conclusión no ofrece dudas a la Sala, dados los términos en que está concebido el artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968.

Bien es verdad que los órganos directivos de la empresa no han definido, o al menos no aparece prueba de ello, la naturaleza de la misma y a cual orden pertenece, pero ello no es óbice para que se le tenga como nacional, dado el aporte de la C.V.C. en la misma y la naturaleza y ámbito del servicio que presta.

b. *Vínculo que une al Gerente con la Empresa.*

Ya se ha dicho que la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá es una empresa comercial del Estado, de las denominadas indirectas.

Ahora bien: de conformidad con el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. De tal forma que, en este último caso, el legislador se apartó del criterio organicista para determinar el vínculo que tienen los servidores del Estado con estas entidades y aplicó el criterio de que es la naturaleza de la función desempeñada la que califica al agente y su situación legal y reglamentaria, independiente del carácter del órgano a que sirve.

Se concluye, entonces que la condición general de los servidores de la empresa referida atrás, es la de los trabajadores oficiales, exceptuando la de quienes desarrollan actividades de dirección o de confianza que los estatutos hayan dispuesto sean atendidas por personas investidas con el carácter de empleados públicos.

Bien es verdad que no aparece que los estatutos de la Empresa Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá hayan cumplido con la obligación de determinar cuales de sus servidores tienen este carácter. Pero si se estudian los estatutos se puede observar lo siguiente:

I. El Gerente es de libre nombramiento y remoción de la Junta Directiva (Artículo 26 de los estatutos).

II. Sus funciones son las siguientes:

a) Ejecutar y hacer ejecutar todas las ordenes, proposiciones y resoluciones emanadas de la Asamblea General de Socios y de la Junta Directiva;

b) Representar judicial y extrajudicialmente a la Compañía como persona jurídica;

c) Celebrar los contratos que autorice la Asamblea General y la Junta Directiva y someter a la aprobación de ésta, aquellos cuya cuantía pase de sesenta mil pesos;

d) Llevar y firmar la correspondencia de la compañía;

e) Mantener bajo custodia de empleados responsables todos los docu-

mentos y valores pertenecientes a la Compañía y demás bienes de la misma;

f) Ordenar los gastos de servicio de la Compañía; constituir todos los apoderados judicial o extrajudiciales o asesores del abogado de la compañía que se estimen necesarios para representar a la sociedad, con facultad para transigir, desistir, sustituir o promover o aceptar juicios por arbitramento o por amigable composición, o sin facultades, según lo haya dispuesto la Junta Directiva;

h) Girar, endosar, aceptar y protestar letras de cambio, cheques y cualquier otra clase de documentos, sean o no negociables con ejecución a las normas contenidas en estos estatutos;

i) Adquirir o enajenar de acuerdo con las autorizaciones que al respecto le otorgue la Junta Directiva, según la cuantía;

j) Tomar dinero en mutuo, hipotecar los inmuebles sociales, gravar o pignorar los bienes muebles de la Compañía de acuerdo con instrucciones de la misma junta y finalmente tomar y dar bienes en arrendamiento, todo dentro de los límites y con los requisitos señalados en los estatutos;

k) Nombrar todos los empleados cuyo sueldo no sea mayor de dos mil pesos M/cte., mensuales, y el personal de trabajo necesario, dentro de las limitaciones globales dadas por la Directiva". (Art. 42, ibídem).

De lo anterior se puede concluir que aunque no existe la clasificación de las personas vinculadas a la empresa como empleados públicos, el Gerente, dada la forma de vinculación (de libre nombramiento y remoción de la Junta Directiva) y las funciones que desempeña, es un verdadero empleado público, esto es vinculado por una relación estatutaria y reglamentaria, con funciones de dirección.

Por lo tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para resolver el presente litigio.

c) *Normas aplicables al problema sub–judice.* De acuerdo con lo anterior, al demandante se le aplican las normas laborales previstas para los empleados públicos y no las del Código Sustantivo del Trabajo, máxime si se tiene en cuenta lo previsto en el Decreto 3135 que unificó las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Sabido es que la cesantía de las personas vinculadas al Estado o a empresas de éste se liquida teniendo como base el salario devengado en los tres últimos meses, salvo que haya habido variación, caso en el cual se liquidan con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, –bien sean trabajadores o empleados públicos. No hay pues, motivo para desvertebrar la liquidación y

tener en cuenta el tiempo que el demandante estuvo vinculado por medio de contrato, para liquidar este lapso en forma diferente.

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, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

1. Declárase no probada la excepción propuesta por la Fiscalía y por la parte impugnadora, en esta segunda instancia.

2. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, con fecha 14 de Noviembre de 1970, materia de la apelación.

Se hace constar que esta providencia fue aprobada en la sesión del día 3 de Diciembre de 1971.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al expediente al Tribunal de origen.

Rafael Tafur Herrán *Eduardo Aguilar Vélez*

Nemesio Camacho Rodríguez *Alvaro Orejuela Gómez*

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

A 358- XIV/PJ

CONCESION DE SALINAS DEL BANCO DE LA REPUBLICA

CONCESION DE SALINAS DEL BANCO DE LA REPUBLICA. Jurídicamente no es una "concesión" sino una "administración delegada" de carácter comercial contractualmente conferida, en principio, al Banco de la República y luego al Instituto de Fomento Industrial. Carácter jurídico y régimen prestacional de los trabajadores de aquel monopolio fiscal.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., diciembre diez de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez.**

Ref.: Juicio No. 1376
Demandante: Juan Manuel García y otros. Actos Nacionales.

Los señores JUAN MANUEL GARCIA Y OTROS, haciendo uso de la acción de plena jurisdicción de que trata el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, actuando por medio de apoderado, presentaron demanda ante el Consejo de Estado, a objeto de que esta Corporación, en sentencia definitiva, haga las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que es nulo el acto administrativo contenido en el Oficio No. SD-2383 de diciembre 1o. de 1967, adoptado por la Concesión de Salinas que administra el Banco de la República, y por medio del cual se niega implícitamente a los trabajadores pensionados indicados en la demanda administrativa, el reconocimiento y pago de los aumentos jubilatorios ordenados por la Ley 4a. de 1966 y su Decreto Reglamentario No. 1.743 del mismo año, por considerar que "las pensiones de jubilación o de invalidez pagaderas por el Banco de la República como Concesionario del Estado para la explotación de las Salinas Terrestres y Marítimas, tienen carácter de pensiones particulares".

"Segunda. Que los empleados y trabajadores de la Concesión de Salinas del Estado que administra el Banco de la República, tienen la calidad de servidores públicos, que sus derechos y prestaciones derivadas de su relación laboral están sujetas al derecho público y que es juez competente para aplicar esos derechos el Consejo de Estado o los Tribunales Administrativos, de acuerdo con la cuantía de las contenciones.

"Tercera. Que para restablecer el derecho quebrantado a los actores se condene a la Concesión de Salinas, pactada entre el Gobierno y el Banco de la República, por intermedio del Gerente del Banco de la República o de quien la represente legalmente, al reconocimiento y pago a aquellos, del valor total del aumento de sus pensiones de jubilación, por una sola vez hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75o/o) de la asignación actual del empleo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o de su equivalente, a partir del día 23 de Octubre de 1966, y hasta cuando se haga efectivo ese pago a mis representados.

"Cuarta. Que se condene a la Concesión de Salinas del Banco de la República por intermedio de su representante legal, a dar cumplimiento a las ordenaciones de la sentencia que adopte el H. Consejo de Estado, dentro del plazo de treinta días, contados desde su ejecutoria, lo mismo que al pago a los actores de los intereses comerciales-legales que se causen por la mora, desde la misma fecha".

Fundó el representante de los demandantes sus anteriores pedimentos en los HECHOS que a continuación se transcriben:

"1. Las salinas terrestres y marítimas existentes en Colombia son un monopolio fiscal, un bien de propiedad del Estado, como lo establece la Ley 110 de 1912, Código Fiscal, en sus Artículos 115 y 116.

"2. El servicio público de explotación, distribución y suministro de sal apta para el consumo humano y animal, estuvo prestado directamente por el Estado colombiano a través de sus Ministerios de Hacienda y Minas y Petróleos hasta el año de 1931.

"3. Las leyes 19 y 119 de 1931, concedieron facultades al Gobierno, con

ocasión de la grave crisis fiscal y económica existente entonces, para tomar medidas financieras para conjurar esa crisis y con base en esas autorizaciones se desprendió el Gobierno de la Administración de parte de las Salinas, quedando el resto bajo la administración directa del Estado.

"4. Por medio del Decreto Legislativo No. 2214 de Diciembre dieciseis de 1931, el Gobierno aprobó y recogió en su articulado el primer Contrato maestro de Concesión Administrativa con el Banco de la República, limitándolo a las salinas terrestres de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesquilé, y dejando las demás salinas terrestres y todas las marítimas bajo la administración directa del Estado.

"5. En el contrato administrativo de Concesión el Gobierno facultó al Banco de la República, como concesionario, para "designar con absoluta independencia del Gobierno, el personal que fuere necesario para aquella administración, la categoría de este último, sus sueldos y funciones".

"6. Los pagos de sueldos, pensiones y demás prestaciones sociales son hechos por el Concesionario tomando los fondos del producido bruto de las salinas del Estado, es decir, con fondos del Estado y en ningún caso con fondos particulares o propios del Concesionario.

"7. El Gobierno se reservó la facultad de señalar los precios en armonía con el Concesionario y el derecho de fiscalizar la Concesión mediante un Revisor General de las Salinas, nombrado por el Gobierno.

"8. Así las cosas se llega al año de 1941, en que el Gobierno y el Banco celebran un nuevo contrato maestro de concesión administrativa del servicio público de Salinas, por medio del cual se incorpora a la Concesión la administración y explotación de las salinas terrestres de Cumaral y Upin, Gachetá, Chita y Muneque, Chámeza y Recetor, y de todas las salinas marítimas del Estado.

"9. Este contrato está contenido en la Escritura Pública Número 1.248 de 24 de mayo de 1941, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, y previamente fue REVISADO por el H. Consejo de Estado.

"10. El Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Carlos Rivadeneira, de Mayo 6 de 1941, dejó a salvo el derecho de los trabajadores oficiales que al pasar de la dependencia directa del Estado a la Facultativa del Concesionario, habían manifestado, precisamente, temor de que el Concesionario les desconociera sus derechos en materia de prestaciones sociales oficiales, inquietud que expusieron los trabajadores públicos en memorial de 25 de abril de 1941 y que obra en los antecedentes del contrato administrativo de concesión. Son palabras de ese concepto del Consejo de Estado, fundamental en este pleito, las siguientes:

"En el contrato nada se prevé en relación con las prestaciones a que tengan, o

puedan tener derecho, los actuales empleados de las referidas salinas, que el Banco retire en uso del derecho que el mismo contrato le otorga; pero como a estos empleados no se les niega allí ningún derecho, de los que por la Ley puedan corresponderles y el contrato es de simple administración, la observación que éstos hacen en memorial de 25 de abril último carece de fundamento".

"Hago notar que *'los actuales empleados de las referidas salinas'* y *'estos empleados'*, a que se refiere el Concepto del Consejo de Estado eran empleados del Gobierno, es decir empleados públicos adscritos al servicio público de salinas.

"11. También es básico destacar este hecho. La norma de derecho positivo que sirvió de fundamento al contrato maestro de 1941 es la ley, hoy aún vigente, No. 264 de 1938, que en lo pertinente dice así:

"Artículo 9o. Autorízase al Organo Ejecutivo para administrar y explotar las salinas marítimas de propiedad del Estado sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses sociales, económicos y fiscales del país, para lo cual gozará de autonomía absoluta en lo relacionado con la adquisición de materiales y elementos especiales.

"Los gastos que requieren la administración y explotación de dichas riquezas se harán con los mismos productos que ellas, y en el Presupuesto Nacional de rentas sólo se computarán en el renglón correspondiente sus saldos líquidos favorables.

"PARAGRAFO. Las disposiciones de este artículo en nada afectan la fiscalización que corresponda a la Contraloría General de la República, entidad que deberá dictar reglamentos de control y contabilidad en armonía con la índole comercial que el Organo Ejecutivo implantará en la administración y explotación de las salinas marítimas, ni las participaciones o indemnizaciones reconocidas por la Ley".

"En el contrato administrativo de Concesión de 1941 se estableció que el producto líquido de la explotación de las salinas correspondería al Gobierno Nacional y al concesionario en la siguiente proporción: 98o/o para el Estado y 2o/o para el concesionario. El pago de todos los gastos de explotación de las salinas se continuó haciendo con fondos del Estado, según el contrato, y obviamente los sueldos, primas, y prestaciones sociales tales como pensiones de jubilación y de invalidez se siguieron pagando, como antes del contrato administrativo de Concesión, con fondos del Estado.

"13. Los precios de las distintas sales se convino en señalarlos por el Gobierno y el concesionario, conjuntamente.

"14. El control fiscal previsto en la Ley 164 de 1938, condición esencial de validez del contrato, y sobre el cual se pronunció también el Consejo de Estado en

el concepto de revisión de Mayo de 1941, se entregó a la Contraloría General de la República, la cual debía intervenir en las liquidaciones y afectaciones del producto bruto.

"15. En este contrato maestro de 1941, se reiteró la facultad dada al Concesionario, congruente con la Concesión, para designar, con absoluta independencia del Gobierno, el personal que fuere necesario, para aquella administración, como ya se dijo.

"16. Los actores son trabajadores pensionados de las salinas terrestres de Zipaquirá y Nemocón, sirvieron por más de 25 y 30 años, tanto al Gobierno como a la Concesión, tuvieron asignados sueldos correspondientes a sus empleos, pensiones proporcionales a esos sueldos y hoy han reclamado al Concesionario el aumento del pago de sus pensiones, de acuerdo con la Ley 4a. de 1966 y su Decreto Reglamentario No. 1.743 del mismo año, habiéndoles negado la Concesión sus aumentos por considerar que los trabajadores de las Salinas, no obstante que sus sueldos son pagados íntegramente con fondos del Estado no son trabajadores públicos u oficiales sino particulares, sujetos, por tanto no al derecho público sino al derecho privado.

"17. En la demanda administrativa dirigida por mí a nombre de los empleados de salinas, al Director de la Concesión para su tramitación y decisión, identifiqué a todos y cada uno de los actores, por sus nombres y apellidos y en los poderes se indicaron sus cédulas de ciudadanía se pidió que esa demanda se resolviera en armonía con la doctrina constitucional del Artículo 163, es decir que fuera motivada la decisión y, en consonancia con la demanda, clara y precisa, como lo prevé el Artículo 471 del C.J., nada de lo cual, como se ve por el acto acusado, pudo lograrse".

En un capítulo del libelo titulado "Consideraciones Generales" que está distribuído en seis acápites denominados: Propiedad o dominio de las Salinas terrestres y marítimas; Administración de las Salinas terrestres y marítimas; Los contratos administrativos de concesión; Es el Banco de la República un Establecimiento Público? ; Es la Concesión de Salinas del Estado un Servicio Público? ; y, la competencia del Consejo de Estado, el apoderado realiza un extenso e interesante estudio jurídico sobre todas y cada una de las materias enunciadas, para relievar las razones que considera le asisten en las súplicas formuladas. Igual análisis presenta en relación con las normas de derecho positivo que estima quebrantadas con la expedición del acto administrativo acusado en la demanda.

El Banco de la República, en su calidad de Administrador contractual de Salinas, a quien se ordenó notificar la aceptación de la demanda, tuvo a bien constituírse en parte impugnadora en este juicio, para lo cual su Gerente otorgó poder a dos Abogados, con el fin de que asumieran su representación

legal, como en efecto lo hicieron en las distintas etapas procesales del negocio.

A su turno la Fiscalía Cuarta del Consejo, en su concepto de fondo fue de parecer que: "en el caso de autos, por falta de un presupuesto indispensable, cual es el agotamiento de la vía gubernativa, el Consejo de Estado no puede entrar en el fondo, del presente asunto y debe inhibirse de proferir sentencia de mérito, como así lo solicito".

Concluído el trámite propio del juicio, sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, la Sala procede a dictar el fallo correspondiente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Para estimar las observaciones que han sido presentadas en el juicio contra la pretensión de los actores, en su calidad de empleados pensionados por la Concesión de Salinas de la Nación, es indispensable dejar sentados los siguientes presupuestos: De acuerdo con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912), en su artículo 115, el Estado conserva la propiedad exclusiva de las minas de sal y vertientes de agua salada, descubiertas o que se descubran en su territorio; y el artículo 120, ibídem, declara que: "La administración de las Salinas corresponde al Gobierno". El Gobierno estuvo administrando las salinas nacionales por intermedio de los Ministerios de Minas y Petróleos y de Hacienda, en forma directa hasta cuando fueron expedidas las Leyes 99 y su complementaria la 119, ambas de 1931. Estas normas dieron orígen a los contratos de administración delegada, suscritos entre la Nación y el Banco de la República, denominados "Concesión de Salinas".

Como las Leyes citadas se referían exclusivamente a las salinas terrestres estimó el Legislador extender sus autorizaciones y preceptos tanto a las salinas marítimas como a las terrestres no comprendidas en aquellos estatutos, según lo establecido en la Ley 264 de 1938, cuyo artículo 4o. faculta al Gobierno para administrar y explotar las Salinas de propiedad de la Nación sobre bases comerciales, ágiles y flexibles, pero con la debida consideración por los intereses sociales, económicos y fiscales, implícitos en toda administración delegada, para lo cual se perfeccionaron los contratos respectivos con el Banco de la República.

En el primer convenio que tuvo por virtud pasar de la administración directa del Gobierno, prevista en el artículo 120 del Código Fiscal, a la administración delegada o concesión del Banco de la República, las salinas terrestres de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesquilé, contrato aprobado y reproducido en el Decreto Extraordinario número 2.214 de 16 de diciembre

de 1931, publicado en el Diario Oficial número 21.868, (folio 31 del expediente), por medio de su cláusula cuarta, el Gobierno Nacional se obligó a delegar en el Banco de la República "todas las autorizaciones, poderes y atribuciones que fueren necesarias y congruentes a la concesión referida, inclusive la facultad de designar, con absoluta independencia del mismo Gobierno, el personal que fuera necesario para aquella administración, la categoría de este último, sus sueldos y funciones".

Y en el contrato administrativo de que cuenta la escritura pública número 2.148 de fecha 24 de mayo de 1948, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, (folio 24 del informativo), en uso de la autorización del artículo 9o. de la Ley 264 de 1938 y del Decreto-Ley número 1377 de 1940, en su cláusula cuarta, volvió a adquirir el Gobierno el compromiso de delegar y conferir al Banco de la República "todas las autorizaciones, poderes y atribuciones que fueren necesarias y congruentes a la concesión referida, inclusive la facultad de designar, con absoluta independencia del mismo Gobierno, el personal que fuere necesario para aquella administración, la categoría de éste último, sus sueldos y funciones".

Cabe anotar que tanto en el convenio de 1931 para la administración delegada de las Salinas de la Nación, como en el de 1948, el Gobierno asume el compromiso de conferir al Banco de la República la facultad de señalar los "sueldos' a los trabajadores de las Salinas del Estado, expresión que entonces indicaba, preferencialmente, la forma de remuneración propia de los trabajadores, como pago de sus relaciones laborales con el Estado. Y esta modalidad de empleados oficiales en una administración delegada, se acentúa visiblemente en el concepto del Consejo de Estado, rendido al Gobierno, cuando el contrato de 6 de mayo de 1941, (folio 27 del expediente), pasó a su revisión; dijo, entonces, la Corporación, con meridiana claridad: "En el contrato nada se prevé en relación con las prestaciones a que tengan o puedan tener derecho, LOS ACTUALES EMPLEADOS de las referidas Salinas, que el Banco retire en uso del derecho que el mismo contrato le otorga; pero como a estos EMPLEADOS no se les niega allí ningún derecho, de los que por la Ley pueda corresponderles y el CONTRATO ES DE SIMPLE ADMINISTRACION, la observación que estos hacen en memorial de 25 de abril último, carece de fundamento".

Por eso esta Sala considera que esos contratos no son de concesión de un servicio público, como se les ha tenido, sino contratos de "simple administración" o más propiamente de administración delegada de un bien de la Nación.

Poniendo en duda la condición de trabajadores oficiales, de los empleados de la Concesión o administración delegada de Salinas, se pronunció la Dirección de Salinas en Oficio número SD.2383, datado el 1o. de diciembre

de 1967, suscrito por el señor Sudirector, cuando comunicó a los reclamantes del reajuste de sus pensiones, el "criterio de esta Dirección", ya que era el señor Director de la Concesión de Salinas a quien se habían dirigido aquéllos, como puede verse a folio 12 de los antecedentes, y al efecto les manifestó que la Concesión de Salinas tiene su origen por la existencia misma del Banco de la República, bajo su personería jurídica; que el Banco administra las Salinas como Entidad de derecho privado; que los obreros de éstas son trabajadores particulares sujetos al Código Sustantivo del Trabajo; y que la Concesión de Salinas no está sometida al régimen fiscalizador de la Contraloría General de la República, por lo cual no puede considerarse como establecimiento oficial o público. En sentido semejante argumenta el señor apoderado de la administración de Salinas del Banco, quien puntualiza su oposición a las súplicas de la demanda, solicitando que:

"1. El Consejo de Estado se considere incompetente para conocer de la acción;

2. En subsidio, y en la hipótesis de que el Consejo se considere competente, declare que el acto acusado no tiene el carácter de acto administrativo acusable ante el Contencioso; y,

3. En la doble hipótesis de que no prosperen los pedimentos 1. y 2. anteriores, se declare que no se ha surtido la vía gubernativa".

Para esta Sala no cabe duda de que los contratos celebrados primero con el Banco de la República y luégo con el Instituto de Fomento Industrial (IFI), crearon para la explotación, elaboración y venta de sales terrestres y marítimas, una administración delegada de un bien de la Nación, de un monopolio fiscal, primero a cargo de una Institución que fue mixta y hoy es privada: el Banco de la República; y en la actualidad con una Entidad descentralizada, como lo es el Instituto de Fomento Industrial, según consta para este último en la Escritura número 1.753 de 2 de abril de 1970, pasada en la Notaría Séptima de Bogotá, y el conjunto de actividades de esa administración delegada no sería lógico que escapara, en sus contenciones, al debido tratamiento y empleo del derecho público; y, en el caso concreto de las controversias por sueldos, pensiones o prestaciones legales de sus trabajadores, empleados u obreros, la competencia para dirimirlas no puede ser otra que la contemplada en nuestro Derecho Administrativo, la cual ha sido instituída en el artículo 1o., literal g) del Decreto-Ley número 528 de 1964, razones por las cuales el Consejo de Estado no considera que pudiera carecer de competencia para conocer de la presente acción laboral de plena jurisdicción.

Como atrás quedó anotado la Fiscalía Cuarta en su vista reglamentaria está de acuerdo con el concepto del señor representante de la llamada Concesión

de Salinas, en el sentido de que el Consejo de Estado debía inhibirse de proferir sentencia de mérito por no haber agotado los actores la vía gubernativa en este juicio. Conviene destacar que si la Agencia del Ministerio Público echa de menos el agotamiento de la vía gubernativa, es porque considera que el acto contenido en el Oficio número SD-2383 de 1o. de diciembre de 1967, originario de la Dirección de Salinas, es claramente un acto administrativo, apreciación que comparte la Sala; pero que aquélla fue terminada no puede remitirse a dudas porque consta en autos, como también se observó, que la petición de los demandantes fue dirigida al "señor Doctor Rafael de la Calle, Director de la Concesión de Salinas-Banco de la República" (folio 12 del cuaderno de antecedentes), y en el acto administrativo que decidió negativamente esa solicitud o sea el Oficio número SD-2383 de fecha 1o. de diciembre de 1967, se dice claramente que ese es el "criterio de la Dirección", "nos referimos", "hemos estudiado con la atención debida", "reconocemos meritorio el estudio" y otras expresiones indicativas de que es la Dirección de Salinas quien decidió la petición a ella elevada, si bien el documento denegatorio no está suscrito por el Director, sino por el Sub-Director, lo que no altera, en su esencia, el discutido acto, ni la finalización de la vía gubernativa legalmente cumplida.

Del estudio de los escritos presentados tanto por el apoderado de los actores, como por los representantes de la administración delegada de Salinas, se advierte una cierta confusión de términos, ocasionada a nuestro juicio, por la denominación del organismo estatal a quien se dió el encargo de manejar el monopolio fiscal de las Salinas o sea, la "Concesión de Salinas". Por ello es necesario dejar en claro que la Sala no cree que ese organismo sea una concesión en estricto sentido sino una simple delegación administrativa contractual. Ya se sabe que las cosas no son tales por el nombre que se les dé sino por la esencia intrínseca de las finalidades a que obedece su creación. En el caso presente, las Salinas marítimas y terrestres del Estado, son una propiedad de la Nación, un monopolio fiscal, como antes se dejó dicho. Y es sabido que la concesión, en derecho administrativo, es uno de los procedimientos jurídicos para prestar los servicios públicos estatales. Los tratadistas la definen diciendo que es una forma de gestión de un servicio público en la cual la personera jurídica de derecho público o concedente, encarga por contrato administrativo a un particular o concesionario de hacer funcionar a sus expensas, riesgos y peligros tal servicio, permitiéndole remunerar su actividad mediante los derechos o tasas que han de cobrarse a los usuarios. En el caso de autos, los contratos administrativos del Gobierno con el Banco de la República, primero, y con el Instituto de Fomento Industrial, ahora, no establecen para el concesionario la obligación de hacer funcionar un servicio o una explotación industrial a sus expensas, riesgos y peligros, ni lo autorizan para reembolsar con los dineros provenientes de la explotación de las Salinas los gastos que realice, ni le conceden la libre disposición del bien de la Nación, en forma alguna. Las leyes, y en especial la 264 de 1948, autorizan

al Gobierno para buscar en la explotación de las Salinas una base comercial, con la debida consideración a los intereses sociales, económicos y fiscales del país, pero en su artículo 9o., parágrafo 2o., dice con toda claridad, lo siguiente: "Los gastos que requieran la administración y explotación de dichas riquezas se harán con los mismos productos de ellas, y en el Presupuesto Nacional de Rentas sólo se computarán en el renglón correspondiente sus saldos líquidos favorables". De donde se infiere que el Legislador tenía la intención manifiesta de que se creara un organismo de "administración y explotación", en otras palabras, una Administración delegada de carácter comercial y que la denominación de "concesión" fue adoptada por el Gobierno en sus contratos, sin cuidarse especialmente de la precisión jurídica de tal concepto.

Este régimen legal, establecido para el funcionamiento del organismo administrador de las Salinas del Estado, configura una forma muy definida de descentralización por servicios que, como lo comenta el tratadista Doctor Jaime Vidal Perdomo, en su obra de "Derecho Administrativo Colombiano", "se amplía cada vez más como técnica administrativa de atención de ciertas necesidades que se quieren sustraer de la influencia política que pesa sobre la administración estatal". Y ha servido también para transmitir a través de los convenios administrativos a que antes se hizo referencia, la delegación estatal necesaria para una administración de tipo comercial que, como la ejecutada por el Banco de la República, primeramente, y por el Instituto de Fomento Industrial (IFI), en la actualidad, garantiza mayor movilidad en sus operaciones y actividades múltiples, sin que por ello la Nación enajene ninguna de sus prerrogativas, ni pueda eludir sus obligaciones legales frente a los trabajadores que se hallan bajo su indirecta dependencia.

Y siendo que se trata, como ya se ha dicho, de una administración delegada, los actos proferidos por el delegatario se entienden, obviamente, como expedidos por el delegante, que lo es, en este caso, la Nación Colombiana, vale decir, el Estado, motivo por el cual, todas las actuaciones que el delegatario realice y cumpla, tienen el carácter de administrativas.

El régimen contractual existente de administración delegada de Salinas está descrito y precisado en la Escritura Pública número 1.753 de fecha 2 de abril de 1970, de la Notaría Séptima de Bogotá. En él se establecen los siguientes principios y obligaciones: el Gobierno otorga en concesión al Instituto de Fomento Industrial todas las Salinas para que éste las explote y administre; el Instituto se subroga en todo reclamo o pleito contra el Banco de la República que existiere en dicha fecha y que sea consecuencia de la gestión del Banco, en desarrollo de los contratos de administración; se delega en el Instituto en forma autónoma, la designación, elección o remoción de todo el personal necesario y la de fijar sus asignaciones y demás condiciones

de trabajo; y, como hecho que no puede desatenderse en este juicio, en su cláusula diecinueve se estatuye que el Instituto adelantará la explotación y administración de la concesión a través de un organismo del mismo Instituto que se denominará "INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL-CONCESION DE SALINAS", el cual tendrá contabilidad, administración y tesorería independientes.

De lo hasta aquí examinado se deduce que el Estado colombiano conserva, —como no podía ser de otra manera—, la propiedad exclusiva de las minas de sal y vertientes de agua salada, tal como se vió en un principio, según lo determina el artículo 115 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional); que el administrador delegado de la Nación continúa siendo la "Concesión de Salinas", pero en el último contrato administrativo entre el Gobierno y el Instituto, modifica con nuevas palabras su denominación al llamársele: "INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL-CONCESION DE SALINAS"; que la organización de las Salinas Nacionales con su nuevo nombre ha asumido, por subrogación contractual expresa, "Todo reclamo o pleito contra el Banco de la República que existiere"; que hay, por tanto, una sustitución de administradores delegados de la Nación, es decir, hablando en términos de derecho laboral, el Patrono, en el caso que la Sala está contemplando; que de acuerdo con el Decreto-Ley 2.351 de 1965, artículo 1o., debe considerarse que la Dirección de Salinas es el representante legítimo de la Nación en este evento y como tal la obliga frente a las prestaciones pensionales de sus trabajadores; que, en consecuencia, al decidirse este negocio habrán de dejarse establecidas, con toda claridad, las obligaciones tanto del Estado como de sus delegados contractuales, en relación con los reajustes de pensiones reclamados, habida consideración de la autonomía relativa con que estos últimos manejan los fondos provenientes del monopolio fiscal de las Salinas terrestres y marítimas de la Nación.

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, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio número DS-2383 de fecha 1o. de diciembre de 1967, originario de la Dirección de la Concesión de Salinas del Banco de la República.

SEGUNDO. En consecuencia, la Nación por intermedio del Instituto de Fomento Industrial (IFI), a quien se adscribió contractualmente la Concesión de Salinas del Banco de la República, reajustará a partir del veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966) las pensiones de jubilación, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75o/o) de la asignación del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación o su equivalente en veintitrés (23) de abril del año anteriormente citado, a los siguientes ex–trabajadores oficiales, ya pensionados, señores: Juan Manuel García; Pedro P. Alvarado; Joaquín Alvarado; Carlos E. Aguacia; José Domingo Abella G.; Segismundo Acosta V.; Roberto Bruce; Sergio Caite; Nemesio Casallas; Genaro Carrillo; Francisco Caicedo; Francisco Castellanos; José Caicedo; Antonio Chaparro; Rafael Chaves; Pedro P. Chiquisa; Peregrino Delgado; Joaquín M. Delgado; Francisco Florián; Cerbeleón Fandiño; Pedro Ignacio García; Alfredo Guarín; Adolfo Galeano; Arturo Galeano; Jesús A. Gutiérrez; Adolfo Garnica C.; Honorio Guzmán; Vicente Garnica; Carlos Garnica; Pedro Herrera; Juan de J. Hernández; Marcos Jiménez; José del Carmen Lozano; Lucio José Mendoza; Jaime Mora; Roberto Muñoz; Jorge E. Mora Ch.; Juan Márquez; Carlos E. Navarrete; Hernando Nieto Romero; Daniel Nieto Romero; Milcíades Otálora Roldán; Francisco Osorio M.; Esteban Otálora; Heriberto Pérez Salazar; José Joaquín Pinilla; Marcelino Pecha S.; Francisco Palacios; Manuel V. Rincón; José Miguel Rey; Francisco Rubiano; Luis A. Rincón; Alcibíadez Rodríguez; Dionisio Rozo; Juan F. Rodríguez; Miguel Sánchez; José Triviño Casas; Arcenio Torres Forero; Luis Tovar Leiva; Antonio Torres; Claudio Torres; José Valdés; Luis A. Valeriano; y Cruz Zambrano;

TERCERO. El reajuste ordenado en el numeral precedente se liquidará, reconocerá y pagará a favor de todos y cada uno de los demandantes, por el mencionado Instituto, desde la fecha anteriormente indicada, en adelante, sin perjuicio de los aumentos que se hayan decretado o se decreten.

CUARTO. Dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la Nación, por intermedio del Instituto de Fomento Industrial-Concesión de Salinas, actual administrador delegado del Estado, dará cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.

QUINTO. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971).

Rafael Tafur Herrán *Alvaro Orejuela Gómez*

Eduardo Aguilar Vélez *Nemèsio Camacho Rodríguez*

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

A359-III 3/PJ

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

SEGUROS. Aunque haya diferencias legales entre los contratos de seguro directo o de primer grado y los de reaseguro o de segundo grado, los propósitos de defensa financiera para responder de los pasivos, son los mismos en unos y otros convenios y la obligación del Estado para velar por la fluidez en los pagos es igual en todos los casos. Esto conduce a concluir que no hay ni puede haber diferencias en cuanto al grado de libertad legal en la administración de los activos de las empresas de seguros, así algunas de éstas reduzcan su objeto al solo reaseguro.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., quince de diciembre de mil novecientos setenta y uno

Proponente: **Miguel Lleras Pizarro.**

Ref.: Radicación 1.857. Nulidad de la nota 3694 de Marzo de 1971 de la Superintendencia Bancaria. Inversiones forzosas de las empresas reaseguradoras. Demandante: *Compañía Colombiana de Seguros S.A. Reaseguradora.*

Por el acto acusado se ordenó a la demandante que hiciera las inversiones

de capital y reservas a que están obligadas las empresas de seguros según los mandamientos legales y en particular los del decreto 1.691 de mil novecientos sesenta (1960). Se consideran violados los artículos 6 y 9 de este decreto; los 634, 635, 636, 640, 642, 643, 646 y 647 del código de comercio; los 21, 22 y 24 del decreto 2733 de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) y los 11, 16, 17, 22, 25, y 26 de la Constitución.

Los argumentos de la demanda pueden sintetizarse así:

1. Son las compañías de seguros las que están obligadas por ley a invertir su capital y reservas en los bienes indicados en el decreto 1691 de mil novecientos sesenta (1960). Las empresas cuyo único objeto de la celebración de contratos de reaseguros tienen libertad para sus inversiones.

2. Exigir a las compañías domiciliadas en Colombia inversiones de sus activos que no pueden exigirse a las domiciliadas en el extranjero, es contrario a la igualdad ante la ley.

3. Como en nota anterior a la demanda la Superintendencia consideró que la demandante no estaba obligada a tales inversiones, ese acto creó una situación jurídica individual y subjetiva que no puede ser revocada sin el consentimiento de su titular según lo previsto en el decreto 2733 de mil novecientos cincuenta y nueve (1959).

Al aceptar la demanda no se accedió a la suspensión provisional lo que fue confirmado al resolver el recurso de súplica.

El fiscal doctor Bernardo Ortiz Amaya conceptuó transcribiendo apartes de su opinión consignada en negocio análogo de los que se toman los siguientes:

"Bien se sabe que todo negocio de seguros está montado sobre la noción de riesgo que lleva implícita la posibilidad de pérdida o desembolso, por razón de un hecho o circunstancia que ha sido previsto y pactado. Por eso la noción de seguro es una noción de tipo genérico que significa el cubrimiento del riesgo, cualquiera que sea su modalidad, o su característica.

"A través del seguro, quien lo contrata intenta obtener la indemnización correspondiente al daño causado cuando el hecho previsto ocurre, y quien lo otorga se compromete a reembolsarle al interesado o a sus sucesores una cantidad de dinero que se ha estimado como equivalente al daño sufrido por la ocurrencia del hecho.

"En otras palabras, quien otorga el seguro asume el valor económico del riesgo que se corre. Pero, dentro de la teoría de la distribución de los riesgos,

como fenómeno complementario, para darle firmeza, amplitud y homogeneidad a la institución del seguro, la compañía aseguradora puede distribuir la asunción del riesgo tomado, entre otras varias empresas, para que ocurrido el siniestro y cubierto su valor, ellas contribuyan en la cuota pactada a reembolsar al asegurador lo que pagó al asegurado.

"Dicho contrato, que se llama de reaseguro, se realiza mediante la cesión que hace el asegurador al reasegurador de las primas recibidas en proporción a la cuota de riesgo que asume el segundo.

"Lo anterior nos está indicando, que aun cuando el contrato de reaseguro es un contrato que tiene una fisonomía jurídica propia y autónoma, su existencia depende de que existan previamente uno o varios contratos de seguro, o, mejor dicho, que alguien haya asumido un riesgo, para que a su vez, lo pueda distribuir entre otros aseguradores. Por ello, en el tratado elemental de seguros, se dice: "El reaseguro implica, pues, todo un engranaje de aseguradores, tanto más complejo, cuanto mayor sea la magnitud económica de cada riesgo" (J. Efrén Ossa. Pág. 90).

"En confirmación a todo lo anterior, la definición de Halperin que, dada de acuerdo con la noción de Bruck y que transcribe el actor en su demanda, está indicando que el contrato de reaseguro *ES UN SEGURO* (Subraya la Fiscalía), que "mediante una obligación de reembolso, cubre al asegurador contra una carga patrimonial proveniente de contratos de seguros que celebró".

"Es decir, que el contrato de reaseguro es una de las modalidades del seguro, que permite, dentro de la técnica de la distribución de los riesgos, repartir entre varias entidades aseguradoras las cargas patrimoniales por los seguros contratados.

"No es, pues, estrictamente lógico, afirmar que las compañías de reaseguros son distintas a las compañías de seguros, por el hecho de que los contratos de reaseguro, tengan una característica y fisonomía diferente a la de los seguros, ya que, a través del reaseguro, se está haciendo una homogeneización cuantitativa del seguro, cuando a través de los distintos tipos de seguros las compañías realizan una homogeneización cualitativa de los mismos.

"Dentro de este planteamiento, podría sostenerse, también, que las características jurídicas del contrato de seguro de vida, son distintas a las del contrato de seguro de transporte o a las del contrato de seguro de manejo y cumplimiento o a las del contrato de seguro de incendio y robo. Pero, de allí no se puede desprender la noción de que la entidad aseguradora tenga que ser distinta para celebrar estas diferentes clases de seguros, pues lo único que

para ello se exige es hacer una clasificación cualitativa de cada tipo de seguro, para efecto de la distribución de los riesgos.

"La verdad es que el contrato de reaseguro no puede desprenderse de la noción genérica y básica del seguro, con la diferencia de que, a través de ese mecanismo, se realiza la uniformidad de los distintos tipos de riesgos, buscando una homogeneidad simplemente cuantitativa de los mismos; ni se puede estimar que una compañía de reaseguro deje de ser aseguradora, puesto que la función es la misma, aplicada a una mecánica distinta, pues todo se nivela a través de la noción genérica del seguro.

"Por ello, al hablar la. Ley de las compañías de seguros, no puede interpretarse esa noción con carácter restringido a quienes celebran determinados tipos de contratos de seguros, sino a toda entidad que en una u otra forma desarrollan una actividad aseguradora, celebrando contratos que cubran riesgos, bien sea de los particulares, de las empresas o de los propios aseguradores.

"Por eso, esta Fiscalía no comparte la afirmación del actor de que: "Las compañías de seguros son, pues, diferentes de las compañías reaseguradoras, por su objeto y por su naturaleza. . . " porque, como ya lo hemos visto, nada impide que una compañía de seguros atienda o ejerza simultáneamente actividades de seguros directos y de reaseguros; siempre y cuando que cada uno de los renglones de su actividad esté amparado por los cálculos actuariales necesarios y se protejan los riesgos con la creación de las reservas técnicas que cada tipo de seguro exija.

"La Fiscalía considera que, cuando la Ley habla de compañía de seguros, en términos generales, se refiere a toda aquella entidad dedicada a la realización del seguro, cualquiera que sea la clase o tipo de actividad que desarrolle y, por eso, el artículo primero del Decreto Ley 1961 de 1960, al hablar de que las compañías de seguros "deberán ofrecer las debidas garantías de seguridad, disponibilidad y liquidez, en relación con el vencimiento de las obligaciones que cubran. . . " se está refiriendo a todo tipo de sociedades dedicadas a tomar riesgos sobre sí, por medio del cobro o percepción de primas, determinadas por los correspondientes cálculos actuariales".

Y más adelante dijo:

"Nadie intentaría sostener que una compañía de reaseguros, bien sea nacional o extranjera, que desarrolle sus actividades en el país, no se está ocupando de negocios de seguros en Colombia, como tampoco se podría sostener que dicho tipo de sociedades estarían sustraídas al sometimiento de las leyes de la República y a la vigilancia del Gobierno, por medio de la Superintendencia Bancaria, por el simple hecho de que su denominación,

correspondiera a la calidad de reaseguradora, que es en donde parece que radica la diferenciación, que para esta Fiscalía es de carácter accidental y formalista y no de carácter tan esencial, como pretende demostrarlo el actor en su demanda".

Y, por último, afirmó que:

"El segundo argumento de que al exigir la Superintendencia Bancaria a las compañías de reaseguro las inversiones de carácter forzoso cuando al mismo tiempo, no se les está exigiendo dicha inversión a las compañías de reaseguro extranjeras, creando una situación de desigualdad, no tiene fundamento alguno, teniendo en cuenta el carácter de la territorialidad de la Ley, pues no es posible pretender que a compañías extranjeras sin establecimiento de sucursales o agencias en Colombia, y sin haberse incorporado, para realizar operaciones de carácter permanente en el país, se les pueda imponer las obligaciones inherentes a las sociedades que se hallen establecidas dentro de las fronteras y que desarrollen actividades dentro del ámbito nacional".

Luego agrega reflexiones que lo conducen a pensar que el acto demandado creó una situación jurídica individual irrevocable sin el cumplimiento de los trámites indicados en el decreto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) ya mencionado, para concluir que cabe accederse a lo pedido por estas últimas razones.

Para resolver se considera:

Todo el patrimonio de las empresas de seguros es garantía genérica para responder de sus pasivos, inmediatos o eventuales. Aunque la exigibilidad de pago no sea tan continua e inminente como lo es para los bancos o institutos de ahorro de parte de los depositantes, el volumen de los negocios de seguros es hoy de tal magnitud que el acaecimiento de siniestros constituye fuente cuotidiana de pasivos exigibles más o menos inmediatamente a título de indemnización por la pérdida o daño de los bienes asegurados. La experiencia estadísticamente registrada enseña la porción de los activos que debe mantenerse en dinero efectivo o en bienes fácilmente liquidables a fin de cumplir oportunamente con el pago de aquellas deudas. Como los aseguradores están sometidos a la vigilancia del estado para la mejor protección de los bienes de los asegurados, la ley ha sido minuciosa al reglamentar el modo de administrar tales patrimonios y ha encomendado al Superintendente bancario la veeduría indispensable para que sus reglas sean estrictamente cumplidas. Por lo menos, esta es la teoría, además consignada en la ley.

Como el seguro es aplicación del principio de la distribución cooperativa de los riesgos, es corriente que los protegidos por el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado parezcan carga excesiva para un solo asegurador

y con el objeto de distribuir el riesgo se celebra un segundo contrato por el cual un segundo asegurador acepta asumir parte del primeramente contratado. Este segundo contratista puede a su vez celebrar nuevo contrato con otro u otros aseguradores para nueva dispersión de las responsabilidades. Como ciertos seguros son más peligrosos o "arriesgados" que otros, la experiencia y la ley han convenido en que lo mejor para todos los contratantes, según su capacidad económica y la del país en donde se celebró el primer contrato, es la máxima dispersión. Así, hay riesgos cuya responsabilidad está distribuída en prácticamente todo el mundo. La ventaja de esta técnica de administración se puso de presente durante las dos guerras mundiales de este siglo.

Son muchas las variedades del contrato de reaseguro pero aunque hay varias empresas que limitan su objeto sólo a esta clase de contratos nada impide que una misma se ocupe de ambas modalidades aceptando seguros directos y reasegurándolos como recibiendo de otras la reciprocidad haciéndose partícipe como aseguradora complementaria de riesgos directamente asumidos por las primeras. También cabe dentro de lo ordinario que el primer contrato se celebre entre el asegurado y varios aseguradores directos o de primer grado, que es otra forma de repartir el riesgo con la peculiaridad de que en el primer caso el asegurado no tiene acción contra los reaseguradores y en el segundo su reclamo debe dirigirse a todos los coaseguradores en la proporción que corresponda a la cantidad de riesgo asumido por cada uno. No es común que se pacte la solidaridad de los coaseguradores, pero no es legalmente imposible.

La tendencia contemporánea en tiempos de paz es la de retener dentro del país la mayor porción de riesgo económicamente asumible no solo desde el punto de vista de la capacidad financiera de las empresas de seguros sino de la del país como un todo, en especial porque la cesión a empresas domiciliadas en el extranjero supone pagos que afectan desfavorablemente el balance monetario internacional salvo cuando las reciprocidades contractuales originan equilibrio o ganancia, lo que en países pobres no es probable.

Lo brevemente explicado tiende a mostrar que aunque hay diferencias legales entre los contratos de seguros directo o de primer grado y los de reaseguro o de segundo grado, los propósitos de defensa financiera para responder de los pasivos, son los mismos en unos y otros convenios y la obligación del estado para velar por la fluidez en los pagos es igual en todos los casos. Esto conduce a concluir que no hay ni puede haber diferencia en cuanto al grado de libertad legal en la administración de los activos de las empresas de seguros, así algunas de éstas reduzcan su objeto al solo reaseguro.

Lo anterior no implica de parte del Consejo de Estado la afirmación de

que el actual régimen de inversiones forzosas sea el más afortunado para facilitar el mejor rendimiento de los bienes de los aseguradores ni la mayor garantía de liquidez para los asegurados. Es inevitable reconocer que el sistema legal vigente se inspira más en la conveniencia de obtener ventajas para el estado que en la necesidad de cumplir con las garantías jurídicas y financieras que recomienda la teoría.

Puede ser deseable que las reglas actuales sean variadas, pero de tan sano propósito no puede deducirse que el Superintendente Bancario esté obligado a exonerar de ciertas inversiones a los aseguradores solo porque hayan reducido su objeto a una de las varias modalidades del seguro. Si tal interpretación fuera aceptable todas las compañías de seguros domiciliadas en Colombia estarían en capacidad de eludir las gravosas inversiones obligatorias por el sencillo camino de organizar sociedades subsidiarias con el objeto social exclusivo del reaseguro y ceder a éstas la mayor porción de los riesgos y por tanto de las primas convenidos por las aseguradoras de primer grado que podrían convertirse en minúsculas empresas, comparadas con sus poderosas subsidiarias.

La alegada igualdad ante la ley para extranjeros y nacionales es garantía constitucional acordada para los habitantes del territorio que no puede extenderse a personas domiciliadas en el extranjero de nacionalidad no colombiana. Obviamente el Superintendente Bancario debe vigilar para que los contratos de reaseguro se celebren con empresas serias y solventes y son muchos los medios de información y comprobación de que dispone para adquirir completo conocimiento de la calidad moral y financiera de los reaseguradores domiciliados en el exterior que aunque no estén sometidos a su vigilancia si pueden ser sujetos de su examen. Dentro de sus facultades está la de no aceptar, es decir rechazar o improbar, los convenios que hayan de celebrarse con entidades que no le merezcan confianza porque, por ejemplo, la administración de sus activos no sea idónea para garantizar el pago oportuno de los riesgos asumidos a título de cesión provenientes de los aseguradores colombianos de primero o de segundo o de tercer grado. Si el reasegurador extranjero está domiciliado en el país habrá de sujetarse a las mismas reglas que obligan a los nacionales. No hay pues, en este caso, violación alguna a la garantía de la igualdad. Los artículos 98, 99 y 100 del decreto ley 444 de mil novecientos sesenta y siete (1967) son suficientemente explícitos sobre esta materia.

Queda por examinar si la nota número 15.531 de diecinueve (19) de Agosto de mil novecientos setenta (1970) creó la situación jurídica individual o reconoció derecho de igual categoría de los que no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En esa carta se lee:

"Ref: *Inversiones Obligatorias.*

"Respecto a la petición formulada en su carta VFI-7586 del 22 de julio pasado, me permito comunicarle que ha sido asignado a la Compañía el siguiente régimen de inversiones obligatorias.

"CAPITAL Y RESERVAS PATRIMONIALES

"La Reaseguradora queda exenta para el futuro de hacer la inversión forzosa del 35o/o de su capital y reservas patrimoniales.

"RESERVAS TECNICAS

"Continuará haciendo las inversiones corrrespondientes a las reservas técnicas de las primas recibidas del país.

"RESERVAS TECNICAS DE PRIMAS ACEPTADAS EN REASEGURO DEL EXTERIOR

"En adelante, no habrá obligación de hacer inversiones sobre estas reservas".

Luego de la transcrita se envió la No. 3694 de 1 de Marzo de mil novecientos setenta y uno (1971) que es la que se discute en este juicio, en la que se expresó:

"Ref: *Inversiones Obligatorias.*

"Por comunicación No. 15531 del 19 de Agosto de 1970 se les asignó el régimen de Inversiones Obligatorias.

"Dicho régimen, después de un estudio cuidadoso, lo he encontrato errado por cuanto se aparta fundamentalmente de las disposiciones del Decreto 1691 de 1960, el cual señala el régimen de inversiones admisibles y obligatorias de las instituciones de Seguros.

"En consecuencia, deben ustedes proceder a efectuar las inversiones obligatorias como lo manda el artículo 6o. del mencionado decreto, y de acuerdo con la siguiente liquidación".

Ni por el primero ni por el segundo de los actos citados se resolvió sobre algún derecho sino sobre si la persona implicada estaba sujeta al cumplimiento de una obligación legal. El superintendente por petición del

interesado estudió la ley, examinó los hechos y concluyó con una interpretación que lo indujo a considerar que una cierta obligación no era exigible a la compañía consultadora. Más tarde reflexionó que el entendimiento original de la ley fue errado y que el deber en ella estatuído debía cumplirse. En el intervalo la compañía no cumplió o no fue obligada a cumplir ese deber. Esta situación causada por error no crea un derecho, apenas si exonera temporalmente de un deber no por inexistencia de éste sino por inadvertencia de la autoridad. Es caso similar a aquel en que la autoridad concede licencia para constituir en el entendido de que los cálculos de resistencia están conformes con el reglamento y luego descubre que por error aritmético, por ejemplo, tales cálculos no fortalecerán la estructura y ordena modificar la composición o cantidad de los materiales (lo que implica un sobrecosto) a fin de evitar el derrumbe del edificio. No podría aducirse la existencia de situación jurídica individual inmodificable sin el consentimiento del constructor, por error del cálculo o por error en la interpretación del reglamento sobre tales cálculos, para insistir en la terminación de la obra que ha de causar daños irremediables cuando se caiga. Del error en la interpretación o en la aplicación de ley expedida para proteger el interés público (orden público llaman algunos autores) no puede surgir derecho individual oponible al provecho social general que en el presente juicio está representado por la necesidad de que los activos del asegurador sean lo suficientemente "líquidos" o "liquidables" para pagar oportunamente las indemnizaciones causadas y exigibles por siniestros acaecidos en bienes asegurados.

En consecuencia, el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue considera y aprobada en la reunión de la sala de quince de Diciembre de mil novecientos setenta y uno.

Gustavo Salazar Tapiero *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Miguel Lleras Pizarro*

Hernando Franco Rojas
Secretario

A360-III3/PJ

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL. El impuesto de timbre nacional que grava las pólizas de seguro deben pagarlo por partes iguales los contratantes. No es lícito trasladarle su pago completo al asegurado.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., diciembre quince de mil novecientos setenta y uno.

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

Ref: Expediente No. 1884. Materia: Actos de la Superintendencia Bancaria.

La Asociación Colombiana de Compañías de Seguros, Asecolda, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pide que se declaren nulos los oficios números 353 de enero 11 y 7615 de abril 21, ambos de 1971 y expedidos por el Superintendente Bancario, mediante los cuales este funcionario no aprobó que se incluyera en las Pólizas de Seguros Generales una cláusula que dice así: "La totalidad de los impuestos de timbre que, de acuerdo con las normas vigentes, cause la expedición de esta Póliza, sus renovaciones, ampliaciones y anexos, serán cubiertos por el Asegurado". Pide también Asecolda que, para restablecerla en sus derechos,

se le ordene a la Superintendencia que apruebe esa cláusula dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo que acceda a lo que impetra.

Asevera la demanda que los actos acusados son violatorios de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley 2908 de 1960, 15, 1945 y siguientes del Código Civil y 634 y siguientes del Código de Comercio Terrestre.

Lo primero, porque entiende que desconocen la solidaridad para efectos fiscales que establece el artículo 23 entre el asegurador y el asegurado y aplican indebidamente la regla 2a. del artículo 24, es decir, la que señala como sujetos pasivos del impuesto de timbre nacional, por partes iguales, a la persona que adquiere derechos y a la que contrae obligaciones que consten en documentos gravados con ese impuesto, cuando, según el libelo, ha debido aplicarse la regla 3a. del mismo artículo, que se refiere a las personas que deben recaudar en la fuente tal tributo, como lo son las compañías aseguradoras.

Lo segundo porque afirma que, a través de las infracciones que acaban de puntualizarse, los actos acusados quebrantan los preceptos que regulan de modo general contratación entre particulares y los específicos del contrato de seguro, o sea aquellos del Código Civil y del Código de Comercio invocados expresamente en el libelo.

Argumenta además la demandante que en el primero de los oficios impugnados no se aducen razones jurídicas para denegarle su solicitud sino que se afirma apenas que si el asegurado paga la totalidad del impuesto de timbre que grava la póliza ello equivale a un aumento de las primas, tesis que considera infundada pues afirma que sería tanto como sostener que si un banco le cobra al deudor el impuesto que grava el pagaré que otorga también habría una alza de las tasas de interés, lo cual no es cierto.

Y en cuanto al segundo de los oficios, cree que yerra cuando estima que el impuesto de timbre establecido por el artículo 5o,, numeral 64, del Decreto Ley 2908 de 1960 recae sobre la póliza emitida por la aseguradora y a esta última corresponde pagarlo, pero puede hacerse indemnizar hasta la mitad de su valor por cuenta del asegurado conforme al artículo 24 del mismo Decreto, regla 2a, pues considera que la regla aplicable al caso es la 3a. y no la 2a. del artículo 24, que señala como sujetos pasivos del impuesto a las personas que deben recaudarlo en la fuente, entre ellas las compañías de seguros, conforme al artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1 de 1961 y a la Resolución R-5-E del mismo año, dictada por la División de Impuestos Nacionales, que invoca Asecolda en su alegato de conclusión al insistir en los planteamientos hechos en la demanda.

Agrega, por último, la actora que si el artículo 23 del Decreto 2908 hace

solidarios al asegurador y al asegurado para el pago del impuesto, ello significa que el interés fundamental del fisco es percibirlo de alguno de los contratantes, le es indiferente que sea uno u otro quien lo satisfaga, y que, por lo tanto, si el asegurado renuncia a su derecho de pagar sólo la mitad, como le es lícito hacerlo, en nada se perjudica el tesoro público ni se intenta tampoco cambiar por convenio entre particulares el sujeto pasivo del tributo, desde luego que es a la aseguradora y no al asegurado a quien compete consignarlo en las arcas oficiales, según Asecolda.

De su parte, el doctor Bernardo Ortíz Amaya, fiscal 3o. del Consejo, conceptúa que no debe accederse a lo impetrado, conforme a estos razonamientos:

"La cláusula que, al decir del actor, ha sido sometida a aprobación de la Superintendencia Bancaria, reza textualmente: "La totalidad de los impuestos de timbre, que de acuerdo con las normas vigentes, cause la expedición de ésta póliza, sus renovaciones, ampliaciones y anexos serán cubiertas por el asegurado".

"Por medio de esta cláusula, pués, las compañías de seguros pretenden que la persona que contrate un seguro o pacte su renovación, ampliación o modificación, deberá correr con la carga del pago de la totalidad del impuesto de timbre que cada uno de esos actos causa.

"El artículo 24 del Decreto Ley 2908 de 1960 establece que son sujetos pasivos del impuesto de timbre "... 2. Las personas que adquieran derechos o contraigan obligaciones que consten en documentos gravados, por partes iguales" y "3. Las personas que deban hacer el recaudo en la fuente".

"Lo anterior está indicando que, al criterio de la Ley, el impuesto de timbre que causa la celebración de un contrato de seguro o la expedición de una póliza de esa clase, debe en principio, gravar a ambos contratantes por iguales partes, ya que en ese tipo de documentos, ambos contratantes adquieren derechos y contraen obligaciones, pero incluye para seguridad del pago al fisco, como sujeto gravable de la totalidad del impuesto a las personas que deban hacer el recaudo en la fuente; creando, al mismo tiempo, una solidaridad entre éllas, para que, en un momento dado, el fisco pueda reclamar el pago a uno y otro.

"Por otra parte, los contratos de seguros se formalizan mediante la expedición de pólizas impresas cuyas cláusulas han sido previamente estudiadas y autorizadas por la autoridad administrativa competente, son el típico caso de los contratos de adhesión, que, definiéndolos con Arturo Alessandri "son aquellos en que una de las partes, por un acto unilateral de voluntad, fija las condiciones sobre las cuales se va a contratar, y la otra se limita a aceptarlas o a adherir en block a éllas, sin poder discutirlas".

"Dentro de este concepto del contrato de adhesión, es entendible que las compañías de seguros le impongan a sus clientes las condiciones y las estipulaciones que consideren necesarias para hacer viable el contrato, pero no en forma arbitraria y acomodaticia, ya que, por esa misma razón, cada una de sus condiciones tiene que recibir una previa aprobación de la Superintendencia Bancaria.

"La Cláusula que se ha sometido a aprobación nada tiene que ver con la naturaleza del contrato de seguro, pués, en élla simplemente se trata de establecer la persona que está obligada a pagar el impuesto de timbre que es una obligación de carácter fiscal, que se origina cuando el contrato de seguro ha sido perfeccionado.

"Hemos visto ya, que la Ley estableció por principio, que en este tipo de contratos, donde ambas partes adquieren derechos y contraen obligaciones, el impuesto de timbre corre a cargo de los dos contratantes por partes iguales.

"Ahora bien, el artículo 15 del Código Civil, autoriza la renuncia de los derechos concedidos por las Leyes, en cuanto élla no esté prohibida y en cuanto esos derechos miren al interés individual del renunciante.

"Pero, es lógico comprender que esta facultad de renuncia, tiene que ser fruto de la libre y expontánea (sic) decisión del renunciante, facultad que puede ejercer, si así lo quiere, en cada caso concreto.

"Si la Superintendencia Bancaria autorizara la inclusión de dicha cláusula en las pólizas de seguro, confundiendo la característica del contrato de adhesión con las secuencias de orden fiscal que dichos contratos generan, estaría violentando el principio consagrado en el artículo 15 del Código Civil, en el cual, al autorizar la renuncia a ciertos derechos individuales, parte del presupuesto de la libre y expontánea (sic) voluntad del renunciante.

"El Estado no puede tomar la personería de todos los posibles clientes de las compañías de seguros, para renunciar, a su nombre, a un derecho que debe ser ejercido por ellos en cada caso y transformar el principio general consagrado en la norma fiscal, de que el impuesto de timbre debe pagarse por iguales partes, en una simple cláusula de un contrato de adhesión, la cual, una de las partes tiene que limitarse a aceptar o a adherir a élla sin poder discutirla.

"Esta Fiscalía hace hincapié en el hecho de que las obligaciones de carácter fiscal derivadas de los contratos de seguros, no forman parte del contrato mismo, sino que son una simple secuencia de la celebración de dicho contrato; luego, mal puede intentarse incorporar dentro del contrato de adhesión una cláusula que no tiene vinculación esencial con él, para coartar la libertad de cada asegurado, de negociar libremente las obligaciones de carácter fiscal que se derivan de cada convención.

"La Ley autoriza este tipo de contratos de adhesión por la naturaleza misma de

ese negocio, pero es obvio comprender que las condiciones que se imponen a través de ese contrato a los clientes de las compañías de seguros, no pueden ir más allá del asunto a que se refiere el seguro mismo, sin que pueda entrarse a imponer, por ese medio, condiciones ante el fisco que la misma Ley no sólo no autoriza, sino que prevé su aplicación, en ausencia de un acuerdo expreso sobre éllo.

"Hablando de los contratos de adhesión, el señor Alessandri afirma que tienen eficacia y validez, aún cuando es notoria la deficiencia de uno de los elementos esenciales de todo contrato, cual es, el libre consentimiento; y así dice:

"No puede, pués, alegarse la eficacia de estos contratos, que corresponden a las necesidades de la vida real; y si ellos tienen algún inconveniente, puede fácilmente subsanarse si la Ley restablece el equilibrio roto, lo que puede hacer prohibiendo la estipulación de ciertas cláusulas onerosas o haciendo obligatorias otras, destinadas a amparar al contratante más débil; mientras tanto, los Tribunales hacen bien en interpretar estos contratos en favor de las partes menos favorecidas".

"Está, pués, claramente establecido que la cláusula cuya aprobación se sometió al estudio de la Superintendencia Bancaria, no forma parte integrante de las condiciones del contrato de seguro y, que, habiendo consagrado la Ley, la obligación de pagar los gravámenes fiscales por razón de esos contratos, tanto al asegurado como al asegurador; no puede la autoridad competente asumir la personería del asegurado para renunciar, a su nombre, a ese derecho, ya que ello no puede ser fruto sino de la libre y expontánea (sic) decisión de cada persona en cada caso concreto.

"Por las anteriores razones, esta Fiscalía considera que la decisión tomada por la Superintendencia Bancaria, está ajustada estrictamente a la Ley; y con ella no solo no ha violado las normas a que hace referencia el actor, sino que garantiza el respeto al libre renunciamiento de los derechos que consagran las Leyes, por parte de quien tenga el interés individual en cada caso".

Estos son los antecedentes del asunto que ahora debe resolver la Sala con base en las reflexiones que van hacerse, luego de transcribir los preceptos que regulan la materia, para mayor claridad en el estudio:

I. Decreto Ley 2908 de 1960.

Artículo 5o. "Causan impuesto de timbre nacional, de conformidad con la cuantía que se indica en cada caso:

"64. Las pólizas de seguros, sus renovaciones, aplicaciones o anexos, sobre el valor de las primas brutas recaudadas por cualquier concepto durante su vigencia, así:

a) En los seguros de vida individual, $3.00 por cada cien pesos o fracción.

b) En los seguros colectivos de vida $2.50 por cada cien pesos o fracción.

c) En los seguros generales, $4.00 por cada cien pesos o fracción.

d) En los demás seguros no comprendidos anteriormente, $4.00 por cada cien pesos o fracción.

Parágrafo: Las primas de reaseguros cedidas a compañías extranjeras, $2.00 por cada cien pesos o fracción".

II. Decreto 2627 de 1961.

Artículo 12. "El gravamen de que trata el numeral 64 del Artículo 5o. del Decreto 2908 de 1960, entiéndese causado no sobre cada prima de seguro aisladamente considerada, sino sobre el valor global de las primas brutas que se recauden durante el mes.

"El impuesto de que trata el parágrafo del mismo numeral 64, se hará efectivo sobre los saldos que arrojen las cuentas anuales de reaseguros a favor de Compañías constituídas en el exterior y no incorporadas al país. En este caso, la consignación del impuesto deberá hacerse dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero de cada año".

III. Decreto Ley 2908 de 1960.

Artículo 23. "Son solidariamente responsables del pago de los impuestos de papel sellado y de timbre nacional, y de las sanciones correspondientes.

1. Los funcionarios oficiales que intervengan en la expedición o expidan documentos gravados y los interesados en dicha expedición, sus apoderados, mandatarios o representantes.

2. Las personas que adquieran derechos o contraigan obligaciones que consten en documentos gravados y los causahabientes de aquellas.

3. Los funcionarios oficiales que acepten el conocimiento de los documentos sujetos al pago del impuesto, salvo que por falta de tramitación resulte algún perjuicio para una entidad de Derecho Público.

4. Quienes presenten ante oficinas públicas los documentos gravados.

5. Las personas o entidades que deben hacer el recaudo en la fuente".

IV. Ibid.

Artículo 24. "Son sujetos pasivos del impuesto de papel sellado y timbre nacional, para efectos de las responsabilidades que entre sí puedan exigirse los interesados y para tener derecho a deducciones de la renta bruta.

1. Las personas interesadas en la expedición por funcionarios públicos de documentos gravados.

2. Las personas que adquieran derechos o contraigan obligaciones que consten en documentos gravados, por partes iguales.

3. Las personas que deban hacer el recaudo en la fuente.

Parágrafo: Son absolutamente nulas, para efectos fiscales, las convenciones por medio de las cuales se sustituyen los sujetos pasivos del impuesto de timbre nacional y papel sellado indicados en este artículo".

"V. Decreto Reglamentario 1 de 1961. Artículo 7. "Los Bancos, Compañías de seguros, sociedades anónimas, empresas de transporte, entidades que emitan bonos o títulos de capitalización o de ahorro y empresas productoras o importadoras de aceites o grasas lubricantes, deberán retener en la fuente el impuesto de timbre de que tratan los numerales 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 y 76 del Artículo 5o. del Decreto".

"Las entidades obligadas a hacer la retención cuando hagan la consignación respectiva deberán entregar en las Administraciones o Recaudaciones de Impuestos Nacionales, relaciones cuyas características determinará la División de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resoluciones especiales".

VI Resolución R-5-E de 1961.

"1. El pago del impuesto de timbre nacional sobre seguros, a que se refiere el numeral 64 del artículo 5o. del Decreto Extraordinario 2908 de 1960, lo efectuarán las Oficinas Principales de las Compañías de Seguros en la respectiva Administración o Recaudación de Impuestos Nacionales, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente a aquel en que se hubiere consolidado el recaudo de primas brutas por medio de las sucursales o agencias de tales compañías, acompañando relaciones que deberán contener los siguientes datos:

a) El número de pólizas expedidas en el mes por cada clase de seguro gravado con una tasa igual;

b) El monto global de las primas brutas obtenidas durante el mes sobre cada una de dichas clases;

c) El valor del impuesto que a cada clase le corresponde; y

d) El valor total del impuesto que se va a consignar.

2. La tarifa de que trata la norma impositiva citada en el artículo anterior, se aplica a las compañías de Seguros en el momento de hacer la consignación del impuesto recaudado.

3. Las Compañías deberán archivar las relaciones que pasen a las oficinas de Impuestos Nacionales junto con el recibo oficial de Caja en que conste el pago del impuesto, con el fin de facilitar las funciones de control que ejercen los funcionarios de Impuestos Nacionales y de la Superintendencia".

VII Código de Comercio.

Artículo 634. "El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona, natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o alguno de los riegos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados.

SE CONSIDERA:

Las disposiciones transcritas hacen ver que del contrato de seguro surgen derechos y obligaciones recíprocas para quienes lo celebren: el asegurador adquiere el derecho a recibir la prima pactada y contrae la obligación condicional de indemnizar al asegurado si ocurre el siniestro a que el contrato se refiere; el asegurado contrae la obligación de pagar la prima y tiene el derecho, sujeto a condición suspensiva, de ser indemnizado por el asegurador si durante la vigencia del contrato sobreviene en todo o en parte el siniestro objeto del mismo (C. Co. 643); que la emisión, renovación, adición o ampliación de pólizas de seguros y los anexos de éstas deben pagar impuesto de timbre nacional, cuyo monto se calcula sobre el valor de las primas brutas recaudadas por la compañía aseguradora (D.L. 2908 de 1960, 5o., ordinal 64); que el impuesto no se causa sobre cada prima en particular sino sobre la cuantía bruta de las recaudadas por la aseguradora en cada mensualidad (D. 2627 de 1961, 12); que como de la póliza, sus renovaciones, ampliaciones o adiciones nacen derechos y obligaciones tanto para el asegurador como para el asegurado, uno y otro son solidarios para el pago del tributo (D. 2908 de 1960, 23, ord. 2o); que, por la misma razón, tanto el asegurado como el asegurador, son sujetos pasivos del impuesto, y este último lo es, con mayor razón todavía, por cuanto le corresponde recaudarlo en la fuente, es decir, al emitirse, renovarse, ampliarse o adicionarse una póliza, y también

consignarlo en las arcas oficiales, según lo enseñan los artículos 12 del Decreto 2627, 7o. del Decreto 1 de 1961 y la Resolución R-5-E del mismo año (Ibid. 24, ordinales 2o. y 3o).

De allí se deduce que si por mandato legal, aplicable al caso, el asegurador y el asegurado son sujetos pasivos del impuesto de timbre nacional y deben satisfacerlo por partes iguales, y si por ministerio de la ley son también solidarios para pagarlo, ningún convenio entre los contratantes puede intentar que alguno de ellos pierda su calidad de sujeto pasivo del tributo porque esa estipulación sería nula conforme al Parágrafo del artículo 24 del Decreto 2908 y porque si el asegurador o el asegurado dejasen de ser deudores del gravamen, no podría predicarse jurídicamente ninguna solidaridad entre quien está enteramente libre de obligación y quien está obligado, lo cual contravendría de manera evidente lo estatuído en el artículo 23 del aludido Decreto 2908.

Estas reflexiones y además la muy interesante del señor Fiscal relativa a que la póliza de seguro contiene un contrato de ahdesión en el cual el consentimiento del asegurado se reduce a aceptar globalmente las cláusulas preestablecidas por el asegurador con la aprobación oficial, y que, por lo tanto, la asunción del pago completo del impuesto por parte de aquel carecería de la espontaneidad que requiere la renuncia voluntaria de un derecho, llevan a encontrar que los actos acusados no contradicen la ley, máxime aún si se recuerda que la aprobación por parte de la Superintendencia de la cláusula consultada por Asecolda equivaldría a que una agencia gubernamental asumiera en abstracto la personería de todos los posibles asegurados para renunciar a nombre de éstos, sin facultad expresa para hacerlo, su derecho a no pagar más que la mitad del impuesto de timbre que grave la póliza, como lo prevé la ley, según lo sostuvo en su concepto de mismo señor Fiscal.

En estas circunstancias no es posible acceder a lo impetrado en el libelo, a pesar de las reiteradas y brillantes disertaciones de quien patrocinó los intereses de Asecolda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Tercero 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 de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y archívese,

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

Miguel Lleras Pizarro *Gustavo Salazar T*

Hernando Gómez Mejía *Juan Hernández Sáenz*

Hernando Gómez Mejía
Secretario

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

SEGUROS. Naturaleza jurídica de la compañía de seguros y de reaseguros. Qué es el coaseguro. Qué es el reaseguro. Régimen legal de inversiones de las compañías de seguros y de reaseguros según el Decreto 1691 de 1960. Provisiones del Estado en defensa de los asegurados. Reservas técnicas, primero: en seguros generales; segundo: en seguros de vida. Reservas legales. Reservas para siniestros pendientes. Otras reservas.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., diciembre dieciseis de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Hernando Gómez Mejía.**

Ref. Exp. No. 1856.
Autoridades Nacionales. Actor: Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A. Nulidad de actos administrativos de la Superintendencia Bancaria.

La Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A., por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de los actos administrativos contenidos en las

comunicaciones Nos. 12215 de 6 de julio de 1970 y 03695 de 1o. de marzo de 1971, emanadas de la Superintendencia Bancaria mediante las cuales se señaló a la Compañía las inversiones obligatorias previstas en el artículo 9o. del Decreto 1691 de 1960.

Solicita igualmente que se restablezca el derecho quebrantado declarando que la sociedad no está sujeta a las inversiones forzosas a que se refieren los actos acusados y que por lo mismo queda autorizada para liberar las que hubiere hecho en cumplimiento de las órdenes citadas.

La síntesis de los hechos en que se fundamenta la acción es la siguiente:

Por escritura pública No. 2133 de 31 de agosto de 1966, otorgada en la Notaría 2a. de Bogotá, se constituyó la sociedad anónima denominada Compañía Colombiana de Seguros de Vida, con domicilio en esta ciudad y cuyo objeto consiste en "celebrar contratos de seguros sobre la vida pudiendo asumir, además, riesgos de seguros de accidentes y de enfermedades, mediante primas y pólizas acordadas por la Junta Directiva". Sin embargo el objeto social fue cambiado por la Asamblea General de Accionistas mediante la correspondiente reforma de los primitivos estatutos la cual se elevó a escritura pública en instrumento No. 6930 de 31 de diciembre de 1970, otorgada en la Notaría 10a. de Bogotá y que fue debidamente aprobada por la Superintendencia Bancaria.

Como consecuencia de esa reforma estatutaria la Compañía demandante, entidad aseguradora, pasó a ser una compañía reaseguradora, por cuya razón tuvo que adicionar su razón social agregando a ella esta última palabra para precisar así, conforme a las exigencias de la ley y de la Superintendencia, su nuevo objeto social. En tal sentido se estipularon las respectivas cláusulas en que quedó plenamente establecido que el nuevo objeto social de la Compañía era el de reaseguros y así fue aprobado por la Superintendencia Bancaria.

No obstante lo anterior, la Superintendencia mediante oficio 12215 de 6 de julio de 1970 impuso a la compañía el régimen de inversiones obligatorias previstas por el artículo 9o. del Decreto 1691 de 1960 para las compañías de seguros generales y para las compañías de seguros de vida como reza la citada disposición pero no para compañías reaseguradoras, que son muy diferentes de las anteriores, desconociendo así la mencionada norma y evocando la Superintendencia su propia resolución aprobatoria de la Reforma social. Contra este acto se reclamó oportunamente pero la petición revocatoria fue negada por medio del oficio No. 3695 de 1o. de marzo de 1971.

DISPOSICIONES VIOLADAS

El actor considera que los actos acusados infringen los artículos 21, 22 y 24 del Decreto 2733 de 1959; los artículos 6o. y 9o. del Decreto Ley 1691 de 1960; los artículos 634, 635, 636, 640, 642, 643, 646 y 647 del Código de Comercio; los artículos 11, 16, 17, 22, 25 y 26 de la Constitución Nacional y finalmente el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887. Los conceptos de violación se estudiarán más adelante.

La superintendencia Bancaria, por conducto de apoderado, se constituyó parte impugnadora en el presente juicio y en tal sentido alegó en defensa de los actos acusados. El señor apoderado de la parte demandante también lo hizo en la oportunidad debida. El Fiscal 3o. de la Corporación Dr. Bernardo Ortiz Amaya rindió su vista en la cual solicita que no se acceda a las peticiones de la demanda. Ejecutoriado el auto de citación para sentencia el negocio ha entrado a despacho para su decisión a lo cual se procede previas las consideraciones que se expresan en seguida:

Siguiendo el orden de la demanda entra la Sala a estudiar los distintos planteamientos jurídicos hechos por el señor apoderado de la parte actora y de los cuales deduce que la Superintendencia Bancaria infringió claras normas jurídicas que hacen completamente inválidas las disposiciones acusadas.

En primer lugar, se afirma que la Superintendencia violó el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 en virtud del cual cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Afirma por este aspecto el actor que la resolución 2556 de la Superintendencia Bancaria por la cual se aprobó la reforma estatutaria de la compañía, creó en su favor una situación jurídica individual ya que definió su *status* como compañía de reaseguros y que en consecuencia al dictar los actos acusados revocó dicho acto creador de situación jurídica individual y que, de paso, violó también los artículos 21 y 22 del mismo decreto ya que dichas normas sólo autorizan la revocación directa y oficiosa en relación con actos creadores de situaciones jurídicas generales.

La resolución No. 2556 de la Superintendencia Bancaria por medio de la cual se aprobó la reforma estatutaria de la compañía no es en estricto sentido un acto creador de una situación jurídica individual, participa más bien de lo que Gastón Jéze denomina acto condición por medio del cual se incorpora una persona natural o jurídica dentro de una situación jurídica general, dentro de un *status* de características especiales. En efecto: con el acto aludido la Superintendencia simplemente aprobó la incorporación de la

sociedad demandante entre las compañías reaseguradoras y este acto en sí mismo considerado ciertamente no puede estimarse violado por las disposiciones que han sido demandadas, es decir, por aquéllas mediante las cuales se impusieron a la Compañía determinadas obligaciones. De manera que al dictar las resoluciones impugnadas en ninguna forma puede considerarse que la Superintendencia revocó la resolución 2556 sino que hizo nacer de ella determinadas obligaciones que son precisamente las que van a estudiarse para deducir si son o no jurídicas. En consecuencia este primer cargo no prospera.

En la comunicación 12215 de 6 de julio de 1970 la Superintendencia Bancaria manifiesta a la compañía que debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9o. del Decreto 1691 de 1960, indicando allí mismo el monto de las inversiones obligatorias cuya liquidación se obtuvo sobre el balance general en 31 de diciembre de 1969 que rige hasta el 30 de julio de 1971. En la No. 03695 de 12 de marzo de 1971 la Superintendencia reafirma su criterio expresado en la comunicación anterior afirmando entre otras cosas que: "Siendo las compañías de seguro que trabajan únicamente en reaseguros, instituciones de seguros, deben cumplir con lo ordenado por el decreto 1691 de 1960, en lo referente al régimen de sus inversiones, tanto admisibles como obligatorias".

Y aquí viene precisamente el punto crucial del problema jurídico que se debate en este juicio: las compañías reaseguradoras pueden considerarse como compañías de seguros o por el contrario tienen una naturaleza específica y objeto distinto que las hace absolutamente distintas a las primeras?

Para el apoderado de la compañía demandante no hay duda de que las compañías de reaseguros son absolutamente distintas de las de seguros. Dice al respecto en un aparte de su demanda:

> "Que las compañías de *reaseguros* sean diferentes de las compañías de *seguros* es cosa que en mi sentir resulta también evidente. Nótese, en primer término, que si no fueran entidades distintas, por estar sometidas a un régimen jurídico diversos, habría carecido de toda finalidad que la Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A. hubiera modificado sus estatutos, en la forma que dejé expuesta, a fin de concretarse al ramo de los reaseguros, abandonando el de los seguros, que fue su primitivo objeto social. Pero se hizo necesaria tal reforma para que la empresa pudiera ejercer debidamente aquella actividad. Esto ya es suficiente para inferir que las aseguradoras son cosa distinta de las reaseguradoras".
>
> "La cuestión resulta aún más clara si se tiene en cuenta, de otra parte, las diferencias que existen entre el contrato de seguros y el de reaseguros, que constituyen el objeto primordial de la actividad de unas y otras empresas. La distinción

entre estos dos tipos de contratos se encuentra establecida por el Código de Comercio, porque mientras los artículos 634 y siguientes se ocupan de la configuración del simple contrato de seguros, el artículo 647 pasa después a configurar el de reaseguro. Si éste fuera idéntico a aquél, ciertamente esta última disposición carecería de objeto".

"Pero la distinción no es solamente legal sino doctrinal, esto es, deducible de la naturaleza de uno y otro convenio. En efecto, el contrato de seguro, conforme al artículo 634 del Código de Comercio, consiste en tomar sobre sí, por un determinado tiempo, el riesgo de pérdida o deterioro de ciertos objetos pertenecientes a una persona, obligándose el asegurador a indemnizar la pérdida, y recibiendo por el riesgo asumido la prima acordada. El de reaseguro es muy diferente, pues sólo genera una obligación de reembolso de las cargas patrimoniales de las compañías aseguradoras provenientes del pago de los siniestros amparados. Se trata, pues, de dos convenios independientes, que se desenvuelven entre distintas personas y que tienen objetos diversos".

El artículo 634 del Código de Comercio define el seguro en los siguientes términos:

"El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona, natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados".

A su turno dice el artículo 647 del mismo Código:

"El asegurador puede hacer reasegurar, a condiciones más o menos favorables que las estipuladas, las mismas cosas que él hubiere asegurado".

"El reaseguro no extingue las obligaciones del asegurador, ni confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador".

Las compañías de seguros pueden tomar directa y personalmente todos los riesgos de las cosas aseguradas, asumiendo por sí y ante sí las eventualidades envueltas en dicho contrato; pero puede suceder, y esto es lo que generalmente acontece, que compartan las responsabilidad con otras compañías mediante el sistema de coaseguro o de reaseguro a fin de que no quede pesando sobre ellas toda la carga de los riesgos que a veces puede ser peligrosa para su seguridad económica.

Y se pregunta entonces: ¿las compañías que comparten con la primitiva

los riesgos por ellas tomados, vale decir, las coaseguradoras o reaseguradoras tienen una naturaleza distinta y un objeto específico que cambia su estructura jurídica? Vale decir, ¿esas compañías dejan de ser aseguradoras para convertirse en entes jurídicos absolutamente distintos de las compañías de seguros?

Conviene estudiar siquiera brevemente, siguiendo la doctrina de los autores más conocidos, para efecto de sacar las conclusiones pertinentes, las características de lo que en derecho mercantil se entiende por coaseguro y reaseguro y establecer su paralelismo o parentesco con las compañías denominadas de seguros.

El coaseguro.

En este sistema varias compañías asumen responsabilidades en relación con un mismo riesgo, exista o no entre ellas un acuerdo previo para tal efecto porque ello no es esencial para que se configure el coaseguro.

El coaseguro tiene sustancialmente las dos siguientes características:

1. Entre los coaseguradores no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, cada compañía coaseguradora tiene una responsabilidad individual y no conjunta ni solidaria, es decir, que las relaciones jurídicas con el asegurado son independientes.

2. Entre los coaseguradores y el asegurado existe una relación contractual independiente, en forma tal que la responsabilidad de cada uno de los coaseguradores está limitada por su participación en el riesgo según el contrato que hayan realizado con el asegurado.

El reaseguro.

Por medio del reaseguro, el asegurador cede la totalidad o una parte del riesgo asumido, a otra persona, generalmente una compañía, verificándose lo que algunos autores califican como "atomización, pulverización o nivelación" de los riesgos.

Dice el tratadista J. Efren Ossa G. en su obra "Tratado Elemental de Seguros", edición de 1963, pág. 90 que: "El reaseguro implica, pues, todo un engranaje de aseguradores, tanto más complejo cuanto mayor sea la magnitud económica de cada riesgo. A tal punto que en un solo interés, un trasatlántico, v. gr., o una moderna aeronave, puede llegar a estar comprometida la responsabilidad de uno o varios centenares de organizaciones aseguradoras".

Y más adelante agrega:

> "El conjunto de todos los seguros otorgados por una empresa de seguros vigentes en un momento determinado, y sea cual fuere su clase y magnitud, constituye "la cartera asegurada". Pero para fines administrativos y técnicos, puede ésta desintegrarse en tantas "carteras aseguradas" cuanto sean los ramos objeto de explotación comercial. Y así podrán estructurarse, independientemente, la "cartera asegurada" en el ramo de vida individual, la "cartera asegurada" en el ramo de incendio, la "cartera asegurada" en el ramo de robo, etc. etc. Y tenemos, de este modo, un concepto mejor, delimitado para fines técnico-administrativos, de lo que es la "cartera asegurada".

La "Cartera" así concebida, está integrada por todos los seguros contra el mismo riesgo (analogía de los peligros), escalonados según el grado de intensidad de la amenaza que penda sobre los intereses a que aquéllos extienden su protección. Esto, es graduados conforme a la peligrosidad de los riesgos, desde los más azarosos hasta los menos azarosos.

"Con este criterio, la "cartera" resiste una nueva clasificación, por categorías, o grupos de riesgos, siendo el denominador común de éstos su comportamiento semejante frente al peligro, esto es su homogeneidad cualitativa. Es la "cartera parcial" integrada por un conjunto de riesgos cualitativamente homogéneos y cuantitativamente heterogéneos. Concepto básico sobre el cual se debe girar la distribución de los riesgos a través del reaseguro moderno. "Los principios teóricos establecidos sobre una categoría se aplicarán a cualquier otra categoría y finalmente podrán extenderse a la totalidad de la 'cartera asegurada' (Tuma, ob. cit. pág. 2)".

De acuerdo con lo anterior, en el contrato de reaseguro hay dos sujetos cuyo papel define perfectamente esta figura jurídica, *El asegurador,* persona natural o generalmente jurídica que toma inicialmente el riesgo asegurado, que establece la relación jurídica inicial con la persona o personas aseguradas y que cede una parte del riesgo al reasegurador.

El reasegurador es la persona jurídica que otorga el reaseguro; si se desprende a su turno de una parte del riesgo, recibirá el nombre de retrocedente y de retrocesionario la identidad aceptante de esa parte.

Como puede verse, si se analiza con un criterio objetivo y aún desde un punto de vista legal, no existe diferencia sustancial, efectiva y real entre la compañía de seguros y la compañía de reaseguros porque la verdad es que ambas asumen riesgos y las obligaciones inherentes a esta figura jurídica del derecho mercantil. En realidad las diferencias son totalmente adjetivas, pero su esencia, su naturaleza, su categoría jurídica son iguales. En efecto: las compañías de seguros, aseguradoras directas, son aquéllas que establecen

relaciones jurídicas directamente con los asegurados, es la relación inicial o primaria, en cambio, las compañías reaseguradoras establecen relaciones directas con las sociedades aseguradoras en cuanto asumen parte del riesgo que a ellas corresponde; pero, se repite ambas son aseguradoras: las unas toman el riesgo directo así se llame vida, incendio, robo, etc. las otras o sea las reaseguradoras, toman en parte esos mismos riesgos asumidos por compañías de seguros.

El hecho de que se les llame reaseguradoras no les cambia su verdadera naturaleza jurídica por que lo cierto es que son compañías aseguradoras de sociedades aseguradoras y por lo mismo sin lugar a duda pueden llamárseles compañías de seguros sujetas naturalmente a las variaciones y características especiales que exige su papel específico que cumplen en el derecho mercantil.

Sobre este particular se expresa con mucha propiedad jurídica el señor Fiscal 3o. cuando dice:

"El actor sostiene que el contrato de reaseguro es diferente del contrato de seguro, aún cuando existen varias semejanzas entre ellos. Dicha afirmación es evidente, por cuanto que las partes intervinientes en dichos contratos y el tipo de relación entre los contratantes, son distintos, aun cuando en uno y otro exista una causa común que es la de asumir los riesgos que han dado lugar a dichos contratos".

"Bien se sabe que todo negocio de seguros está montado sobre la noción de riesgo que lleva implícita la posibilidad de pérdida o desembolso por razón de un hecho o circunstancia que ha sido previsto y pactado. Por eso la noción de seguro es una noción de tipo genérico que significa el cubrimiento del riesgo, cualquiera que sea su modalidad o su característica".

"A través del seguro, quien lo contrata intenta obtener la indemnización correspondiente al daño causado cuando el hecho previsto ocurre, y quien lo otorga se compromete a reembolsarle al interesado o a sus sucesores una cantidad de dinero que se ha estimado como equivalente al daño sufrido por la ocurrencia del hecho".

"En otras palabras, quien otorga el seguro asume el valor económico del riesgo que se corre. Pero, dentro de la teoría de la distribución de los riesgos, como fenómeno complementario, para darle firmeza, amplitud y homogeneidad a la institución del seguro, la compañía aseguradora puede distribuir la asunción del riesgo tomado, entre otras varias empresas para que ocurrido el siniestro y cubierto su valor, ellas contribuyan en la cuota pactada a reembolsar al asegurador lo que pagó al asegurado".

"Dicho contrato, que se llama de reaseguro, se realiza mediante la cesión que

hace el asegurador al reasegurador de parte de las primas recibidas, en proporción a la cuota de riesgo que asume el segundo".

"Lo anterior nos está indicando que aun cuando el contrato de reaseguro es un contrato que tiene una fisonomía jurídica propia y autónoma, su existencia depende de que existan previamente uno o varios contratos de seguro, o mejor dicho, que alguien haya asumido un riesgo, para que a su vez, lo pueda distribuir entre otros aseguradores. Por ello, en el tratado elemental de seguros se dice: "El reaseguro implica, pues, todo un engranaje de aseguradores, tanto más complejo, cuanto mayor sea la magnitud económica de cada riesgo" (J. Efrén Ossa. Pág. 90)".

"En confirmación a todo lo anterior, la definición de Halperin que, dada de acuerdo con la noción de Bruck y que transcribe el actor en su demanda, está indicando que el contrato de reaseguro *es un seguro* (subraya la Fiscalía), que "mediante una obligación de reembolso, cubre al asegurador contra una carga patrimonial proveniente de contratos de seguros que celebró".

"Es decir, que el contrato de reaseguro es una de las modalidades del seguro, que permite, dentro de la técnica de la distribución de los riesgos, repartir entre varias entidades aseguradoras las cargas patrimoniales por los seguros contratados".

"No es, pues, estrictamente lógico afirmar que las compañías de reaseguros son distintas a las compañías de seguros, por el hecho de que los contratos de reaseguro tengan una característica y fisonomía diferente a la de los seguros, ya que, a través del reaseguro, se está haciendo una homogeneización cuantitativa del seguro, cuando a través de los distintos tipos de seguros las compañías realizan una homogeneización cualitativa de los mismos".

Ahora bien en defensa de los asegurados, la ley se vió obligada a tomar algunas previsiones para evitar que aquéllos resultasen defraudados en la confianza depositada en la compañía de seguros. Esas seguridades las establecen las siguientes disposiciones cuyas síntesis se hace en seguida:

La Ley 105 de 1927 estableció que toda compañía que se ocupe del negocio de seguros queda sometida a las leyes de la República y a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Las obligaciones y previsiones más importantes tomadas por la ley para garantizar la solvencia de las compañías de seguros y consecuencialmente para defender a los asegurados son las siguientes:

Las conocidas con el nombre de *reservas* que son fondos que aunque recibidos por la empresa dentro del giro normal de su negocio, no se computan como parte de las utilidades que corresponden a determinado

ejercicio, ni juegan en la liquidación de los dividendos. Las reservas son de varias clases a saber:

a) *Técnicas.* Son las que tienen por objeto darle solidez financiera a la compañía teniendo en cuenta su objeto social que es precisamente el de asunción de riesgos; sus cómputos son distintos según se trate de seguros generales o sobre seguros de vida.

1. En *seguros generales:* el artículo 17 de la Ley 105 de 1927 fija en un 40o/o sobre las primas causadas el porcentaje constitutivo de la reserva técnica en los seguros de incendio, accidentes y enfermedades, lo mismo que en el de transporte. La misma base sirve para calcular otros ramos como los de vehículos, vidrios planos, aeronaves y responsabilidad civil.

2. Sobre *seguros de vida:* son seguros a largo plazo, generalmente, cuyas primas se calculan por anualidades y que pueden pagarse por períodos anticipados según escala prefijada con el interesado. En esta clase de seguros las primas son fijas aunque el riesgo crece con el transcurso del tiempo; en los primeros años el asegurado paga más por lo que vale menos y en los últimos paga menos por lo que vale más. De este hecho surge la necesidad de la llamada reserva matemática, que es la diferencia entre la prima pagada y el valor real del riesgo, que no puede considerarse como devengado por el asegurador y que avalúa la Superintendencia Bancaria.

b) *Reservas Legales.* Según el artículo 18 de la Ley 105 de 1927: "Además de las reservas para riesgos, las compañías nacionales de seguros formarán y mantendrán un fondo de reserva no inferior al 20o/o del capital pagado. De las utilidades llevarán cada año al fondo de reserva un 10o/o hasta completar la suma requerida. Las compañías no podrán repartir dividendos mientras no queden intactos el capital, las reservas legales y las reservas para riesgos".

c) *Reservas para siniestros pendientes.* La cuantía de ellas se fija de acuerdo con el valor probable de las reclamaciones ocurridas y no pagadas al vencimiento de cada ejercicio.

d) *Otras reservas.* Las compañías de seguros deben constituir también las reservas que son comunes a toda clase de negocios; para prestaciones sociales, para protección de inversiones, para protección de cartera, etc.

Las inversiones.

Las reservas antes relacionadas no las permite la ley como capitales muertos sino al contrario productivas y por ello interviene el Estado en este

aspecto de la actividad de las entidades aseguradoras a fin de que inviertan sus reservas teniendo en cuenta los criterios de seguridad, interés adecuado, diversificación, liquidez y vencimiento.

El régimen legal de inversiones está reglamentado por el Decreto-Ley 1691 de 1960, expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias de que fue investido por el artículo 6o. de la Ley 130 de 1959 y por la resolución No. 0210 del mismo año, reglamentaria del mencionado decreto, dictada por la Superintendencia Bancaria. No se considera necesario para los fines de este estudio entrar en el detalle de las inversiones admisibles el cual puede verse en los artículos 2o. y 3o. del ya citado decreto 1691 de 1960.

Ahora bien: el objeto de tales reservas, inversiones y demás previsiones hechas por el Estado, tiene por finalidad dar mayor estabilidad financiera a la empresa aseguradora, con el fin de defender los intereses de los asegurados que es misión fundamental que corresponde a aquél por mandato mismo de la Constitución porque las autoridades públicas no sólo están establecidas para defender la honra y vida sino también los bienes de los asociados. Es evidente que los asegurados al tomar sus pólizas depositan una máxima confianza en la compañía, se crean esperanzas legítimas de garantía a favor de los beneficiarios y hacen sacrificios económicos muchas veces de consideración para dar protección a la familia y en general a aquellos seres que más ligados están a sus sentimientos. Entonces, el Estado no puede permanecer indiferente ante tan trascendentales e importantes intereses; al contrario, debe vigilarlos, debe protegerlos, debe asegurarlos y por ello la necesidad de tomar todas estas previsiones para que a la postre las ilusiones y esperanzas de los asegurados no caigan en el vacío, no resulten defraudadas.

Es esa una misión esencial y fundamental del Estado, si no la cumpliera estaría faltando gravemente a su deber; esa misión se hace más visible en los tiempos modernos en que el intervencionismo de estado avanza en forma creciente, aunque a veces exagerada. Pero ese es el signo de los tiempos nuevos.

Tenemos entonces que si las compañías de seguros necesitan la vigilancia del Estado que se traduce en las medidas cautelares ya analizadas, no se explicaría cómo las autoridades pudieran cruzarse de brazos frente a las compañías reaseguradoras que cumplen una misión tan o más importante que las aseguradoras. Aquí el Estado interviene para defender en forma inmediata a las compañías aseguradas y en forma mediata a los asegurados, al grueso público, por el sencillo juego de los traspasos de los riesgos, ya que si las compañías directamente aseguradoras pasan parte de sus riegos a otras aseguradoras de ellas mismas que toman el nombre de reaseguradoras, esos

riesgos necesitan también las previsiones legales para garantizar la confianza que en la reaseguradora deposita la aseguradora. No puede por consiguiente sostenerse siquiera con mediana lógica que mientras el Gobierno en cumplimiento de su deber de preservar y garantizar los intereses generales vigila las compañías de seguros dejara de hacerlo con las compañías de reaseguro que, como ya se explicó atrás, son también compañías de seguros con objeto y modalidades específicas.

En relación con el argumento propuesto en la demanda de que las compañías extranjeras, reaseguradoras, no domiciliadas en el país no estén en la obligación de cumplir los requisitos exigidos por la ley colombiana para compañías reaseguradoras establecidas en Colombia, con lo cual se rompe el requisito constitucional de igualdad ante la ley, la Sala comparte el criterio que sobre el particular expresa el señor Fiscal 3o. Dr. Bernardo Ortiz Amaya cuando dice:

"El segundo argumento de que al exigir la Superintendencia Bancaria a las compañías de reaseguro las inversiones de carácter forzoso cuando, al mismo tiempo, no se les está exigiendo dicha inversión a las compañías de reaseguro extranjeras, creando una situación de desigualdad, no tiene fundamento alguno, teniendo en cuenta el carácter de la territorialidad de la Ley, pues no es posible pretender que a compañías extranjeras sin establecimiento de sucursales o agencias en Colombia, y sin haberse incorporado, para realizar operaciones de carácter permanente en el país, se les pueda imponer las obligaciones inherentes a las sociedades que se hallen establecidas dentro de las fronteras y que desarrollen actividades dentro del ámbito nacional".

"Sin embargo, no se puede ignorar que dichas compañías extranjeras, en los países en donde tienen su sede, deben estar cumpliendo todas las obligaciones que les haya impuesto su correspondiente legislación, realizando las inversiones forzosas, así como creando las reservas técnicas y legales necesarias, para poder cumplir la función de reaseguro; de suerte que, no podría sostenerse *a priori*, que se está creando una desigualdad pues se ignora qué clase de restricciones, inversiones y obligaciones, deben estar cumpliendo dichas compañías reaseguradoras extranjeras, en su país de origen".

"Otra cosa es, el que fuera recomendable crear una serie de limitaciones para que los seguros contratados dentro del país, puedan beneficiarse con la mecánica del reaseguro preferencialmente con las compañías de reaseguro nacionales o con las extranjeras que se incorporan y se establezcan con carácter permanente en Colombia; pero ella nada tiene que ver con la norma constitucional de la igualdad ante la Ley, pues, la verdad es, que hasta ahora están surgiendo en la vida económica del país, organismos con carácter financiero suficientemente fuerte y con un mercado suficientemente amplio para realizar la actividad de reaseguro, el

cual sólo podía operar por intermedio de las grandes compañías aseguradoras del exterior, especialmente de nacionalidad inglesa o suiza".

"Esta Fiscalía considera que, dentro del mundo del seguro, el hecho de que la Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A. esté abriendo un nuevo campo de su actividad para reasegurar los riesgos asumidos por las compañías aseguradoras, es un avance muy importante dentro de esa actividad nacional, que seguramente representará una economía apreciable de divisas que por esa vía se estaban gastando, tomadas de las reservas nacionales; pero, no puede aceptarse que, con el pretexto de ese avance, la compañía reaseguradora se libere de las obligaciones correlativas que la Ley ha impuesto a toda compañía aseguradora".

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 15 de diciembre de 1971.

Miguel Lleras Pizarro *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Gustavo Salazar T.*

Hernando Franco Rojas
Secretario

CAPITULO CUARTO:

Suspensiones Provisionales de Actos del Orden Nacional

A362 - / AN

SUSPENSION PROVISIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO DE RENTAS. Suspensión provisional del Artículo 6o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971 sobre pagos hechos a las casas matrices u oficinas extranjeras por sus filiales, sucursales o agencias en Colombia, que les hayan sido rechazados a éstas últimas como costo o deducción de sus rentas.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., noviembre treinta de mil novecientos setenta y uno

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

En demanda legalmente admisible y en ejercicio de la acción de nulidad, *el doctor James W. F. Raisbeck* pide que sea *anulado el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971* pues lo estima violatorio de los artículos 120, ordinal 3o., de la Constitución, 99 del Código Contencioso Administrativo, 23 de la Ley 81 de 1960, 4o. y 11 de la Ley 63 de 1967.

Y como entiende que el texto acusado reproduce lo que expresaba la Circular No. 22 DL/R del 11 de febrero de 1971, expedida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, que fue suspendida provisionalmente mediante auto del 13 de septiembre de 1971 y luego anulada por el Consejo en fallo del 10 de noviembre del mismo año, invoca los artículos 99 y 100 del Código Contencioso Administrativo para impetrar que dicho texto se suspenda también.

Ha de estudiarse, por lo tanto, esta súplica:

En la sentencia del 10 de noviembre de 1971 se transcribe la Circular No. 22 DL/R, a que alude el actor, y que dice así:

"Para su conocimiento y para que a su turno se sirva divulgarla convenientemente, tengo el gusto de transcribirle la siguiente Circular:

"El Artículo 11 de la Ley 63 de 1967 que sustituyó el Artículo 45 de la Ley 81 de 1960, establece que las filiales, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras no tienen derecho a afectar sus costos ni a deducir de su renta bruta suma alguna por concepto de gastos, comisiones y honorarios de administración o dirección, asistencia técnica, explotación o adquisición de intangibles pagada o reconocida a sus casas matrices u oficinas del exterior.

"El Artículo 45 del Decreto Reglamentario 154 de 1968 agregó: extralimitando la norma legal citada, que "las sumas rechazadas por estos conceptos, no serán gravadas a las casas matrices u oficinas en el exterior con el impuesto básico de renta ni con el complementario de exceso de utilidades".

"El Consejo de Estado, en providencia de septiembre de 1969 suspendió en su totalidad el referido artículo y posteriormente lo declaró nulo, no obstante que la demanda contra él no se refirió a la parte transcrita. Decretada la nulidad de una norma reglamentaria, no puede aplicarse, ya que los efectos de tal medida son obligatorios *erga omnes.*

"De esta manera, a pesar del rechazo como deducción de los pagos hechos por las filiales, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras por los conceptos referidos, a sus casas matrices y oficinas en el exterior deben gravarse en cabeza de éstas.

"De acuerdo con las normas generales en materia fiscal dichos ingresos constituyen renta gravable en Colombia (Artículo 23 y 24 de la Ley 81 de 1960 y 18 y 182 del Decreto 437 de 1961). La ley no desconoce la realidad de tales pagos, sino que a pesar de que se hagan dispone que no serán deducibles de la renta. Ahora bien, si tales pagos son reales es entonces lógico que se graven en cabeza del respectivo beneficiario, que en este caso es la sociedad extranjera.

"Siendo la sociedad filial, la sucursal o agencia una prolongación económica de la sociedad principal o matriz, es evidente que no deban aquellas hacerle pagos a éstas por los referidos conceptos, pues sería tanto como cobrarse a sí misma los gastos de su propia administración o dirección, de su propia asistencia técnica y de la explotación de sus propios bienes intangibles. De allí que la ley desconoció la calidad de costo o de deducción de tales pagos para controlar la evasión fiscal. Supone de este modo el legislador, en buena lógica, que tales pagos no corresponden a los gastos enumerados sino que tienen el verdadero carácter de un reparto anticipado de beneficios o de utilidades de la matriz o principal en la filial, sucursal o agencia.

"Las Oficinas Liquidadoras deben liquidar el impuesto sobre la renta de las referidas sociedades extranjeras, en la forma indicada; y las oficinas de Investigación deben proponer las liquidaciones de revisión oficiosa de las liquidaciones oficiales en las cuales no se tuvo en cuenta lo indicado en la presente circular, siempre que se encuentren dentro del término respectivo. Por otra parte, se ha de coordinar la instrucción anterior con la contenida en la Circular No. 00011 DL/R de enero 18 del presente año, sobre liquidaciones de aforo a sociedades extranjeras".

Por su parte, el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971, impugnado en el libelo, expresa:

"Las sumas rechazadas como costo o deducción,por concepto de regalías pagadas por las filiales, sucursales o agencias a sociedades extranjeras, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 63 de 1967, serán gravadas con el impuesto de renta en cabeza de sus casas matrices u oficinas en el Exterior".

Una comparación atenta de los dos actos que acaban de transcribirse deja en claro que tanto la Circular anulada como el artículo 5o., que ahora se impugna, consideran gravables en cabeza de las casas matrices u oficinas extranjeras algunos pagos hechos a ellas por sus filiales, sucursales o agencias en Colombia y que les hayan sido rechazados a estas últimas como costo o deducción de sus rentas.

Pero se observa que mientras la Circular alude en forma genérica a los distintos rubros que el artículo 11 de la Ley 63 de 1967 ordena rechazar como expensas o deducciones a las sucursales, filiales o agencias de compañías foráneas para entenderlos gravables en cabeza de éstas, el artículo 5o. del Decreto se refiere apenas específicamente a las regalías pagadas por aquellas a las últimas y no reconocibles como costo o deducción conforme al artículo 11 de la Ley 63, para aplicarles también el mismo principio de que deben gravársele a la firma extranjera que las recibió.

Esta última circunstancia implica, sin embargo, que el texto acusado

reproduce, asi sea para un caso particular, lo que había dicho la Circular 22 DL/R, que estaba suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado cuando el Decreto 1963 de 1971 fue expedido, o sea el 2 de octubre de tal año, según consta al folio 8 del proceso, y que estaba anulada por el mismo Consejo el día de la promulgación del Decreto, es decir, el 10 de noviembre del mismo año.

Y como la mencionada reproducción de lo expresado en actos suspendidos provisionalmente o declarados nulos acarrea la suspensión provisional del nuevo acto, según lo estatuyen los artículos 99 y 100 del Código Contencioso Administrativo, debe accederse a esta súplica del demandante.

Basta lo expuesto para decidir:

1. Se admite la demanda que antecede y se ordena, por lo tanto,

a) Notificarla al señor Agente del Ministerio Público;

b) Comunicarle la admisión al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y enviarle copia completa de este proveído;

c) Fijar el asunto en lista por el término legal.

2. Se suspende provisionalmente, el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1963 de 1971, materia de este juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Juan Hernández Sáenz

Hernando Franco Rojas.
Secretario

A363/AN

SUSPENSION PROVISIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Por existir sustancial diferencia entre el salario y la indemnización por despido injusto del trabajador, no puede aplicarse mediante reglamento la obligación de retener en la fuente el impuesto sobre la renta prevista por la ley para el pago de salarios. Se suspende provisionalmente el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., diciembre diez y ocho de mil novecientos setenta y uno.

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

Ref.: Expediente No. 2002 Acción de nulidad contra el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971. Petición de suspensión provisional.

El doctor Juan Rafael Bravo Arteaga, en demanda que es admisible legalmente, pide que se declare nulo el artículo 4o. del Decreto Reglamentario

1986 de 1971 porque lo estima violatorio del artículo 1o. de la Ley 38 de 1969, que obligó a las personas que paguen salarios o dividendos a retener en la fuente una cuota de éstos por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios.

Y como cree que la violación de dicha norma por parte del acto acusado es ostensible, pide también que sea suspendido provisionalmente.

Debe analizarse entonces esta última petición:

Argumenta el demandante que mientras el artículo 1o. de la Ley 38 sólo obliga a hacer retención en la fuente cuando se trate del pago de salarios, el artículo 4o. del Decreto 1986 extiende ese deber a la hipótesis en que se paguen indemnizaciones por despido injusto de trabajadores lo cual, en su sentir, es ilegal porque la indemnización no retribuye un servicio, como el salario, sino repara un perjuicio presuntamente sufrido por quien es despedido.

Para mayor claridad en el análisis, conviene transcribir los textos a que alude la demanda:

I Ley 38 de 1969. Artículo 1o. "Las personas naturales, o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efectúen pagos o abonos en cuenta, en dinero o en especie, por concepto de salarios o dividendos, estarán obligadas a deducir y retener en dinero, a título de impuesto sobre la renta y complementarios, los porcentajes de dichos pagos o abonos que señalen de acuerdo con el artículo siguiente".

II. Decreto Reglamentario 1986 de 1971. Artículo 4o. "Las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comundiades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efectúen pagos por concepto de indemnizaciones por despido injustificado de trabajadores, estarán obligadas a deducir y retener en dinero efectivo, a título de impuesto sobre la renta, el porcentaje de cada pago que corresponda de acuerdo con las disposiciones precedentes y con las tablas que determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para salarios".

SE CONSIDERA:

Al comparar las dos normas transcritas, resalta que mientras la reglamentada alude al pago de salarios para efecto de la retención del impuesto en la fuente, el reglamento se refiere a las indemnizaciones por despido injusto para el mismo efecto.

Podría pensarse entonces que aquellas indemnizaciones son una forma especial de salario, una hipótesis concreta dentro del principio general sentado por el artículo 1o. de la Ley 38, que obliga a retener el impuesto cuando se paga un salario.

De acuerdo con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, salario es la retribución que percibe el trabajador cuando presta sus servicios. Implica pues la existencia de una relación jurídica laboral entre quien sirve y quien se beneficia del servicio, regida generalmente por un contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 8 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que sustituyó al artículo 64 del mismo Código, prevé que cuando el patrono rompe ilegalmente el contrato de trabajo, debe indemnizar al trabajador en la cuantía que allí mismo se determina. La indemnización implica pues que haya dejado de prestarse el servicio por decisión injustificada del patrono, que la ley supone acarrea un daño al antiguo trabajador.

Es entonces clarísimo que el salario y la indemnización por despido son por su origen sustancialmente diferentes, aunque uno y otra constituyan ingresos para quien es o fue empleado y aunque uno y otra sean gravables con el impuesto sobre la renta, con mayor o menor intensidad, conforme a las leyes tributarias.

El salario remunera un servicio. La indemnización sobreviene cuando por acto ilegal se priva a alguien de la posibilidad de prestar un servicio esencialmente remunerable.

La sustancial diferencia entre el salario y la indemnización hace entender fácilmente que lo estatuído por la ley respecto del primero no puede predicarse o extenderse a la segunda por la vía del simple reglamento, ya que ello desborda los alcances propios de este último.

Y como en el presente caso el artículo 4o. del Decreto 1986 de 1971, materia de la demanda, intenta aplicar a la indemnización por despido injusto lo que preceptúa para el salario el artículo 1o. de la Ley 38 de 1969, fluye como corolario que el reglamento excede los alcances del texto legal invocado en el libelo y que se impone suspenderlo provisionalmente.

Basta lo expuesto para resolver:

1. Se admite esta demanda y se ordena, en consecuencia:

a) Notificarla al señor Agente del Ministerio Público;

b) Comunicarle la admisión al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y enviarle copia de esta providencia;

c) Fijar el asunto en lista por el término legal.

2. Se suspende provisionalmente el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1986 de 1971, materia del presente juicio.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Juan Hernández Sáenz

Hernando Franco Rojas
Secretario

TITULO II

Orden Departamental

CAPITULO PRIMERO:

Ordenanzas Departamentales

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ASAMBLEA DE ANTIOQUIA

MONOPOLIO DE LICORES. *Régimen Jurídico.* **La Ley 88 de 1928, con falta de técnica, dispuso, en su artículo 17, dos cosas: por una parte, estableció un impuesto de consumo sobre los "licores extranjeros", y, por otra parte, advirtió que ese impuesto no excluía la autorización que tienen los departamentos para monopolizar la introducción de "licores extranjeros" de conformidad con el decreto legislativo No. 41 de 1905 y con el artículo 97, numeral 36 de la ley 4a. de 1913.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., septiembre veintiocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia: 1316. Actor: John Quijano A.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Gobernador de Antioquia contra la sentencia de 12 de agosto de 1970,

proferida por el Tribunal Administrativo del mismo departamento, en el juicio de nulidad de la ordenanza No. 6 de 1929 de la Asamblea de Antioquia.

Los hechos de la demanda:

El doctor John Quijano A., obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad del artículo 66 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia las siguientes declaraciones:

a) Que son nulos los artículos 1o., 3o. y 7o. de la ordenanza No. 6 de 1929 de la Asamblea de Antioquia, en lo pertinente a la inclusión, dentro del monopolio de licores destilados en el departamento, de los vinos extranjeros, producidos por fermentación, en los diferentes aspectos económicos de introducción, conducción, conservación y venta de dichos vinos fermentados, por no estar autorizados los departamentos para monopolizar, en ninguno de los aspectos previstos, los vinos de fabricación extranjera.

b) Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia, una vez ejecutoriada, dentro del término del artículo 121 del C.C.A.

Los artículos acusados dicen así:

"Artículo 1o. Establécese el monopolio sobre la introducción, conducción, conservación y expendio de licores extranjeros, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88 de 1928. En consecuencia, sólo la Administración de Rentas Departamentales podrá introducirlos, conducirlos, conservarlos y darlos al consumo.

Parágrafo. No quedan incluídos en el monopolio los vinos medicinales, según lo determine la Dirección Departamental de Higiene, oído el concepto de la Dirección Nacional del ramo.

"Artículo 3o. Seis meses después de promulgada la presente ordenanza, sólo la Administración de Rentas Departamentales podrá vender, conducir y conservar licores de los que trata el artículo anterior.

"Parágrafo. Si por algún motivo no pudiere darse aplicación al monopolio, dentro del plazo indicado, continuarán cobrándose los impuestos de consumo, hasta que pueda tener lugar dicha aplicación.

"Artículo 7o. Ningún pedido de licores extranjeros podrá hacerse por los particulares después de promulgada la presente ordenanza. Los que se hubieren hecho antes y estén en vía de ser despachados serán puestos en conocimiento del adminis-

trador de la renta, si no fuere posible cancelarlos, para que tome nota de ellos y se entere de la fecha en que hayan de introducirse, de su precio, calidad etc.".

Normas violadas y concepto de violación.

El demandante señala como violadas las siguientes normas de superior jerarquía:

a) Artículo 31 de la Constitución Nacional, porque los artículos acusados establecen un monopolio, sin expresa autorización legal, como lo dispone la norma constitucional;

b) El artículo 39 C.N., por las mismas razones;

c) El decreto legislativo No. 41 de 1905 (convertido en ley permanente por medio de la ley 15 de 1905). En efecto, los artículos 1o. y 2o. del mencionado decreto sólo autorizan el monopolio de licores destilados embriagantes, sin comprender los licores producidos por fermentación. Además, en lo referente a los vinos extranjeros, el artículo 9 del mismo decreto los excluye expresamente del monopolio;

d) El artículo 97, numeral 36 del Código Político y Municipal, el cual sólo autoriza el monopolio de los licores destilados embriagantes, lo cual significaría que no pueden ser monopolizados los vinos extranjeros producidos por fermentación;

f) El parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88 de 1928, en cuanto ratifica el principio de que sólo pueden incluírse en el monopolio los licores nacionales y extranjeros destilados.

Para decidir la Sala considera:

Los primeros ordenamientos jurídicos sobre el monopolio de licores se dictaron bajo el imperio de la Constitución de 1886, en la cual no se mencionaban para nada los monopolios, y bajo el imperio del artículo 6o. de la ley 153 de 1887 (artículo hoy derogado por el artículo 40 del acto legislativo No. 3 de 1910), "que reputaba constitucional una disposición legal expresa posterior a la Constitución".

Esos ordenamientos son los siguientes:

a) *El decreto legislativo No. 41 de 1905* (ratificado por la ley 15 del mismo año). Este decreto dijo:

"Artículo 1o. Establécense como rentas nacionales las siguientes: 1. la de licores. . .

"Artículo 2o. La renta de licores consiste en el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, y comprende:

a) El aguardiente de caña y sus compuestos;

b) El brandy o coñac, whisky, el champagne, pussecafés, chartreusses, cremas, curazao, cireh y sus similares, y el extracto de coñac y los espíritus concentrados para la fabricación de los licores antes dichos".

Artículo 9. En el monopolio que constituye la renta de licores no se incluyen los vinos extranjeros que se importen para el consumo nacional.

b) *Ley 8a. de 1909.*

El artículo 1o. de esta ley cedió a los departamentos la renta de licores así constituída:

"Serán en lo sucesivo rentas departamentales, además de las que lo eran antes de la expedición de la ley 1a. de 1908 y que no estén cedidas a los municipios, la de licores nacionales, de degüello de ganado mayor, registro y anotación. La renta de licores nacionales comprende aquéllos que en la actualidad la constituyen. Respecto de los vinos de producción nacional pueden los departamentos declararlos incluídos o no en dicha renta".

El acto legislativo No. 3 de 1910 dijo que los monopolios solamente podían establecerse como arbitrio rentístico, en virtud de una ley y después de haber indemnizado plenamente a los individuos que quedaban privados del ejercicio de una industria lícita. (artículo 31 de la codificación constitucional actual).

Bajo el imperio de esta norma constitucional, se dictaron los siguientes ordenamientos:

a) *La ley 4a. de 1913.* (Código Político y Municipal), en su artículo 97, numeral 36, dijo:

"Son funciones de las Asambleas. . . 36. Monopolizar en beneficio de su tesoro, si lo estiman conveniente y de conformidad con la ley, la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o gravar esas industrias en la forma que lo determine la ley, si no conviene el monopolio".

b) *La ley 88 de 1928,* en su artículo 17, dijo:

"Los impuestos de consumo que cobren los Departamentos no podrán ser menores, en lo sucesivo, de los siguientes, liquidados sobre cada botella de 720 gramos o fracción:

1. Aguardientes extranjeros (whisky, brandy, coñac, ginebra, pussecafé, cremas, ron anisado y similares a las anteriores)	$ 1.50
2. Champaña y vinos espumosos	2.oo
3. Vinos tintos, blancos y generosos	0.10

Parágrafo 1o. En ningún caso quedarán sometidos a gravamen de consumo los vinos medicinales.

Parágrafo 2o. Lo dispuesto en este artículo sobre impuesto de consumo a los licores extranjeros, no excluye la autorización que tienen los Departamentos para monopolizar la introducción de licores extranjeros de conformidad con el Decreto legislativo número 41 de 1905, aprobado por la Ley 15 del mismo año, y con el numeral 36 del artículo 97 de la Ley 4a. de 1913".

De los textos citados se deduce lo siguiente:

1. El monopolio de licores, establecido originalmente como renta nacional, comprendía solamente la producción, introducción y venta de los licores destilados embriagantes y en dicho monopolio no estaban comprendidos los vinos extranjeros (decreto legislativo 41 de 1905). Esto último no era preciso decirlo, porque el monopolio solamente se refería a los licores destilados y el vino es un licor que se obtiene por fermentación y no por destilación, y, por consiguiente, no estaba sujeto de ninguna manera al monopolio.

2. En 1909, el monopolio de licores fue cedido por la nación a los departamentos, en las mismas condiciones en que aquélla lo tenía, agregando solamente que los vinos nacionales podían o no sujetarse al monopolio departamental, pero quedando por fuera de él los vinos extranjeros, que no se mencionaban. (ley 8a. de 1909).

3. En el año de 1913, el Código Político y Municipal (ley 4. de 1913) repite que los departamentos pueden monopolizar la producción, introducción y venta de los licores destilados embriagantes (artículo 97, numeral 36), y de este monopolio quedan evidentemente excluídos los vinos extranjeros, por no ser licores destilados.

4. Finalmente, la ley 88 de 1928, con falta de técnica, dispuso, en su

artículo 17, dos cosas: por una parte, estableció un impuesto de consumo sobre los "licores extranjeros", y, por otra parte, advirtió que ese impuesto no excluía la autorización que tienen los departamentos para monopolizar la introducción de "licores extranjeros" de conformidad con el decreto legislativo No. 41 de 1905 y con el artículo 97, numeral 36 de la ley 4a. de 1913.

La expresión "licores extranjeros", empleada por la ley, es una expresión vaga y equívoca. En el artículo 17, que se viene analizando, tal expresión tiene dos significados:

a) Cuando ella se emplea en relación con el impuesto de consumo a los licores extranjeros, ella significa cualquier licor, destilado o fermentado, excepto los vinos medicinales.

b) Pero, cuando la misma expresión se emplea en relación al monopolio departamental de licores extranjeros, ella tiene que tener el significado de licor destilado embriagante, porque el parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88, al referirse al monopolio de introducción de licores extranjeros, dice que se trata del monopolio establecido por el decreto ley 41 de 1905 y por el artículo 97, numeral 36 de la ley 4a. de 1913, y ya se sabe que tales ordenamientos legales solamente se refieren al monopolio de licores destilados embriagantes.

5. Ahora bien, la ordenanza No. 6 de 1929 de la Asamblea de Antioquia, con la misma falta de técnica, estableció el monopolio sobre la introducción, conducción, conservación y expendio de "licores extranjeros" de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88 de 1928.

La ordenanza en ningún punto se refiere explícitamente a los vinos extranjeros; ella emplea la misma expresión, vaga y equívoca, de "licores extranjeros", que ya había empleado la ley 88 de 1928.

¿En qué sentido debe entenderse tal expresión?

El Tribunal Administrativo de Antioquia dijo que tal expresión debía entenderse en su sentido más amplio, para comprender toda clase de licores extranjeros, destilados o fermentados, comprendiendo, por consiguiente, los vinos excepto los medicinales. Y esta interpretación lleva al Tribunal a la conclusión de que la ordenanza viola normas jurídicas superiores, ya que no puede haber monopolio sobre vinos extranjeros.

Pero, es posible otra interpretación. Cuando la ordenanza habla de licores extranjeros, debe dársele a esta expresión los mismos significados que ella

tiene en la ley 88 de 1928. O dicho en otras palabras, cuando la ordenanza se refiere a los "licores extranjeros" para establecer su monopolio, no puede referirse sino a los licores extranjeros destilados embriagantes, que son los únicos que pueden estar sometidos a monopolio departamental, de acuerdo con el decreto leigslativo No. 41 de 1905 y con el artículo 97, numeral 36 de la ley 4a. de 1913, a los cuales se refiere el parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88 de 1928.

Por otra parte, no era necesario que la Asamblea excluyera explícitamente del monopolio a los vinos medicinales, ya que la ley 88 de 1928 lo único que hizo fue excluirlos del pago del impuesto de consumo (parágrafo 1o., artículo 17, ibídem), pero no del monopolio, del cual ya estaban excluídos, junto con todos los otros vinos extranjeros, por ministerio de los tantas veces mencionados decreto legislativo 41 de 1905 y artículo 97, No. 36, ley 4a. de 1913 (parágrafo 2o., artículo 17, ibídem).

Por consiguiente, para esta Sala no cabe duda de que "el monopolio de licores extranjeros" de que hablan los textos acusados no puede referirse sino a los licores destilados embriagantes, que son aquéllos sobre los cuales se autorizó el monopolio, y no ciertamente por la ley 88 de 1928, sino por el decreto legislativo 41 de 1905 y ley 4a. de 1913 (artículo 97 numeral 36), normas a las cuales se refiere simplemente la ley 88 de 1928. El parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88 de 1928 es un caso típico de reenvío.

Esta interpretación está de acuerdo con lo que ya había dicho esta misma Sala en auto de 28 de octubre de 1969, con ponencia del doctor Acero Pimentel, en providencia en que se revocaba la suspensión provisional dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en este mismo proceso.

En el mencionado auto, el Consejo de Estado había dicho:

> "Cuando el artículo 1o. de la ordenanza no distinguió los licores entre destilados y fermentados, incurrió en defecto de técnica que la condujo a no excluir expresamente del monopolio los vinos extranjeros, lo cual no quiere decir que los hubiera hecho objeto de ese mismo monopolio... máxime si se tiene en cuenta que el artículo 1o. de la ordenanza, al invocar su conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2o. del artículo 17 de la ley 88 de 1928, se sujetó a lo preceptuado allí... y si dicho parágrafo tampoco diferencia entre licores destilados y fermentados, manifiesta su conformidad con el numeral 36 del artículo 97 del C.P.M... que se refiere a los licores destilados embriagantes. Por manera que la distinción hace entender que se refiere a los licores destilados, por lo cual los vinos extranjeros se hallan excluídos. Y si ello es así, la ordenanza, que no hizo sino invocar las normas antedichas para sujetarse a ellas, excluyó tácicamente del monopolio esos vinos".

Además, esta interpretación está abonada por la aplicación que la Administración Departamental de Antioquia ha hecho de las normas acusadas, en cuanto del expediente se desprende que en Antioquia nunca ha existido monopolio departamental sobre los vinos extranjeros. En efecto, a folio 113 vuelto, se encuentra una certificación del Gobernador de Antioquia, en la cual se dice que en la actualidad cualquier persona natural o jurídica puede introducir y vender vinos extranjeros, ciñéndose a la reglamentación de la resolución No. 12 de marzo de 1971 (folio 123 y ss.), de la cual también se desprende que los vinos extranjeros están excluídos del monopolio departamental de licores.

El problema de la interpretación.

El Tribunal de Antioquia sostiene que, en el caso *sub judice*, no se trata de un problema de interpretación, prohibida a su juicio por el artículo 11 del Código Civil, sino de la confrontación entre el acto acusado y las normas superiores que se pretende han sido violadas.

La Sala estima que este aserto es infundado por las siguientes razones:

1. En realidad, se trata de una acción de nulidad que suscita un problema de puro derecho. Pero ello no obsta para que el juzgador, antes de efectuar la confrontación entre el acto acusado y las normas invocadas como violadas, determine claramente el alcance de aquél y de éstas, como requisito indispensable para el examen de los cargos;

2. También es cierto que no existe en el régimen jurídico colombiano el contencioso de interpretación, entendido como acción específica y autónoma; pero esto no significa, como parece sostener el Tribunal, que el juzgador no deba interpretar el acto acusado y las normas invocadas como violadas para decidir una acción de nulidad. Al contrario, según el artículo 30 del Código Civil, que constituye un principio general de interpretación de la ley, "el contexto de esta servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

3. Por último, la interpretación que hace el juzgador del acto acusado y de las normas invocadas como violadas no constituye un prejudicial, porque para que éste exista se requiere que determinado aspecto del caso *sub judice* deba decidirse previamente por una jurisdicción diferente. Por el contrario la interpretación hace parte de la decisión misma del litigio como requisito para la confrontación del acto acusado con las normas invocadas. El Tribunal Administrativo de Antioquia mismo optó también por una interpretación del acto acusado.

En síntesis, las normas acusadas, en opinión de Esta Sala, no incluyen los vinos extranjeros dentro del monopolio de licores de Antioquia y, por tanto, no violan las normas superiores alegadas.

Lo dicho es suficiente para que 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,

FALLE:

Revócase la sentencia de 12 agosto de 1970 del Tribunal Administrativo de Antioquia, y, en su lugar, se resuelve:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Jorge Dávila Hernández *Lucrecio Jaramillo Vélez*
Alfonso Arango Henao *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

CAPITULO SEGUNDO:

Actos de otras Autoridades Administrativas del Orden Departamental

DECRETOS DE LOS GOBERNADORES

PROMULGACION DE LA LEY. *La Ley tiene que ser conocida por aquellos a quienes se dirige, por aquellos que van a estar sujetos a ella.* **No se concibe que una ley secreta o reservada pueda crear obligaciones para los ciudadanos. De ahí la necesidad de promulgación de la ley, entendida como el conocimiento que de ella se da por uno u otro medio, de acuerdo con las distintas legislaciones.**

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Sesión del día 21 de septiembre de 1971

Bogotá, D.E., septiembre veinticuatro de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia: 1836. Actores: Gildardo Henao Gutiérrez y Elías Zuluaga Hoyos.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpeusto por el doctor Armando Ossa Sosa, por medio de apoderado, contra la sentencia de 22 de abril de 1971 del Tribunal Administrativo de Risadalda, por medio de la cual dicho Tribunal anula los decretos 1897 y 1959 de 11 de julio y 6 de agosto de 1970 respectivamente, emanados de la Gobernación de Risaralda, relacio-

nados con el nombramiento y confirmación del doctor Ossa Sosa como Notario Segundo de Pereira, así como también el acta de posesión del mismo.

Los hechos:

1. Con fechas 19 y 20 de agosto de 1970, los doctores Gildardo Henao Gutiérrez y Elías Zuluaga Hoyos presentaron al Tribunal Administrativo de Risaralda dos demandas, en las cuales pedían se declarara la nulidad del nombramiento, confirmación y posesión del doctor Armando Ossa Sosa como Notario Segundo de Pereira. Dichas demandas fueron acumuladas para ser falladas en una sola sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 226, 229 y concordantes del C.C.A.

2. El doctor Henao Gutiérrez, en su demanda, pide la nulidad de los siguientes actos: del decreto 1897 de 11 de julio de 1970 del Gobernador de Risaralda, por medio del cual se nombró al doctor Ossa Sosa Notario Segundo de Pereira; del decreto 1959 de 6 de agosto de 1970, por medio del cual el Gobernador de Risaralda confirma el nombramiento anterior y, finalmente, del acta de posesión del doctor Ossa Sosa, ante el alcalde de Pereira, de fecha 6 de agosto de 1970.

El doctor Zuluaga Hoyos se limita a pedir la nulidad del decreto 1959, que confirma el nombramiento del doctor Ossa.

3. *Normas violadas y concepto de violación.*

Según el doctor Henao Gutiérrez, los decretos acusados violan los artículos 139, 141, 145 y 153 del decreto 960 de 1970, porque el doctor Ossa no habría acreditado los requisitos que esos artículos exigen para poder ser nombrados notario en el circuito de Pereira, círculo de primera categoría.

Según el doctor Zuluaga Hoyos, las normas acusadas violan los artículos 140, 141, 153 y 233 del decreto 960 de 1970, por las mismas razones.

En síntesis, el nombramiento, confirmación y posesión del doctor Ossa Sosa como Notario Segundo de Pereira se impugnan, porque dicho doctor no llenaría las calidades que el decreto 960 de 1970 exige para poder ser nombrado y confirmado Notario Segundo de Pereira y posesionarse del cargo.

La señora Fiscal 4o. del Consejo de Estado conceptúa que se debe confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, "no sólo porque ella se ajusta a la verdad procesal, sino también a las normas sustantivas de derecho".

Advierte la señora Fiscal que la demanda presentada por el señor Zuluaga Hoyos carece del presupuesto procesal de demanda en forma, por haber demandado dicho señor solamente el acto que confirmó el nombramiento y no la totalidad de los actos de nombramiento confirmación y posesión.

Para resolver la Sala considera:

a) *Vigencia decreto 960.*

En el presente negocio se ha dicho por uno de los señores Magistrados del Tribunal de Risaralda –que salvó su voto– y por el señor apoderado de la parte impugnadora en la segunda instancia que, en el momento en que el Gobernador de Risaralda nombró Notario Segundo de Pereira al doctor Ossa Sosa y confirmó su nombramiento, el decreto 960 de 1970 no estaba en vigencia y que, por tanto, el Gobernador no estaba obligado a aplicarlo y que, por consiguiente, el nombramiento del doctor Ossa Sosa fue válido, por haber sido hecho bajo la norma vigente, que era el artículo 5o. de la ley 168 de 1948, el cual solamente exigía, para los notarios de capitales de departamento y otras ciudades, tener la calidad de abogado titulado o haber ejercido el cargo de notario por un período completo.

A esta argumentación la Sala observa:

La ley 8a. de 1969 concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los sistemas de notariado y registro de instrumentos públicos, entre otras cosas. Allí se dijo que el Presidente de la República quedaba facultado "para establecer categorías de notarios, y para disponer los requisitos y los medios de provisión, permanencia y relevo de los mismos (artículo 1o. letra a).

En virtud de dichas autorizaciones, el Gobierno dictó el decreto 1890 de 1969 (noviembre 12), que dijo, en su artículo 1o.: "Mientras el Gobierno dispone lo pertinente sobre la elección de notarios y registradores, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial se abstendrán de conformar las ternas y enviarlas a los Gobernadores para la designación de aquellos funcionarios, para el período que se inicia el 1o. de enero de 1970".

En opinión de la Sala, este decreto significa que las normas referentes a la elección de notarios, contenidas en el artículo 5o. de la ley 168 de 1948, estaban suspendidas, mientras se dictaban nuevas reglas con el mismo fin, en virtud de las autorizaciones precisas de la ley 8a. de 1969.

Ahora bien, en virtud de las mismas autorizaciones de la la ley 8a. de 1969, el Gobierno dictó posteriormente, el decreto extraordinario No. 960,

mediante el cual se expide el estatuto del Notariado, decreto que fue sancionado por el Presidente de la República, el día 20 de junio de 1970.

En el artículo 233 del mencionado decreto se dice que ese ordenamiento regirá desde su promulgación. Pero agrega:

> "Para la designación de notarios, para el período que comenzó el primero de enero de 1970, los Tribunales Superiores formarán las listas del modo establecido en el artículo 161, sin concurso, pero teniendo en cuenta los requisitos señalados para cada categoría de notarios en los artículos 152 a 154... y los Gobernadores podrán hacer la designación en propiedad, siempre que el candidato reúna los requisitos propios del cargo. Los Tribunales enviarán las listas al Gobernador antes del 9 de julio de 1970, y éste hará la designación dentro de los cinco días siguientes al recibo de aquéllas".

El decreto 960 fue promulgado el día 5 de agosto de 1970, mediante su publicación en el Diario Oficial No. 33118 y ese mismo día entró a regir.

Sin embargo, como el mismo decreto lo ordenaba, los Tribunales formaron las listas de candidatos antes del 9 de julio de 1970 y los Gobernadores hicieron las designaciones respectivas dentro de los cinco días siguientes al recibo de las listas.

Según estas normas fueron elegidos todos los notarios de Colombia, para el período que había comenzado el 1o. de enero de 1970, ya que no hubieran podido ser elegidos según la norma del artículo 5o. de la ley 168 de 1948, que, como se ha visto, estaba suspendida por el decreto extraordinario 1890 de 1969.

b) *La promulgación.*

Doctrinalmente es indiscutible que la ley tiene que ser conocida por aquellos a quienes se dirige, por aquellos que van a estar sujetos a élla. No se concibe que una ley secreta o reservada pueda crear obligaciones para los ciudadanos. De ahí la necesidad de promulgación de la ley, entendida como el conocimiento que de la ley se da por uno u otro medio, de acuerdo con las distintas legislaciones. La necesidad de la promulgación de la ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada y ha sido ratificada, en distintas providencias, por el Consejo de Estado (ver auto de 5 de marzo de 1969, Ponente Doctor Miguel Lleras).

La Constitución Nacional, en sus artículos 85, 89 y 120 numeral 2, menciona la promulgación de la ley, para decir que el Presidente de la República está obligado a hacerla y que, en su defecto, la hará el Presidente del

Congreso. Pero, las normas constitucionales no reglamentan la vigencia de las leyes, de donde puede deducirse que el constituyente defiere a la ley tal reglamentación. Y el legislador la ha hecho por medio de los artículos 52 y 53 de la ley 4a. de 1913. Código Político y Municipal.

El primero de esos artículos dice que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y que su observancia principia dos meses después de promulgada, consistiendo la promulgación en insertar la ley en el Diario Oficial.

El segundo artículo dice que, cuando la ley fije el día en que debe principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, la ley comenzará a regir el día señalado.

Para el Consejo de Estado no hay duda acerca de la importancia de la publicación como requisito indispensable para que los ciudadanos puedan ser requeridos a someter su conducta a la norma jurídica y para que la observancia de ésta pueda ser exigida coactivamente y penada su violación.

Sin embargo, reconociendo el principio de que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, el Consejo de Estado ha sostenido, en varias ocasiones, que este principio puede tener excepciones. Entre éstas se admite que ciertas leyes que no imponen obligaciones o restricciones a los gobernados y que se encaminan de preferencia a poner en movimiento los mecanismos del Gobierno para que cumplan con sus deberes puedan aplicarse antes de ser publicadas, siempre que los funcionarios que deban ejecutarlas las conozcan por cualquier medio idóneo y solo en cuanto a su aplicación no incida en modo alguno en el ejercicio de las libertades de los gobernados. Por otra parte, esta excepción no implica que la promulgación sea innecesaria, solamente significa que la ley puede aplicarse, con la condición expresada, antes de su promulgación y siempre que haya sido sancionada.

A este respecto el Consejo de Estado, en sentencia de 29 de octubre de 1946, con la ponencia del doctor Guillermo Hernández Rodríguez dijo:

> "Hay leyes u ordenanzas que se refieren a los ciudadanos y que éstos están obligados a obedecer y cumplir por virtud de la promulgación; pero hay otras que se refieren a los poderes públicos y para los cuales es innecesaria la publicación. Una reiterada jurisprudencia del Consejo, que aclaró o rectificó antiguas doctrinas sobre el particular, enseña que el precepto de que las ordenanzas no pueden ser obligatorias antes de su promulgación, se refiere a los gobernados, a quienes no se les podrá sancionar por no cumplir una ley u ordenanza, que, por no haber sido publicada, ellos estarían en la imposibilidad material de conocer; pero que dicho precepto no dice relación a los funcionarios de la Administración, los cuales adquieren conocimiento de las ordenanzas desde el momento mismo en que les imparte su sanción".

(La sentencia se refiere a una ordenanza de la Asamblea de Boyacá: libro copiador de sentencias No. 95 de 1946).

c) *El caso sub judice.*

En el caso *sub judice*, el Tribunal Superior de Pereira se reunió, el día 7 de julio de 1970, para proceder a la integración de las listas de candidatos a notarios del Distrito, para pasarlas al Gobernador, antes del 9 de julio de 1970, como lo dispone el decreto 960 de 1970. La lista correspondiente a la Notaría Segunda de Pereira estuvo integrada por las siguientes personas: Antonio Fajury Henao, Gildardo Henao Gutiérrez, Luis Eduardo Leal R. y Armando Ossa Sosa (Ver acta No. 29, de 7 de julio de 1970, folios 33 vto. y 34).

El Gobernador de Risaralda, "en uso de sus atribuciones legales", nombró notario segundo de Pereira a uno de los integrantes de la lista, a saber el doctor Armando Ossa Sosa, por decreto No. 1897 de 11 de julio de 1970, dentro de los plazos fijados por el decreto 960 de 1970 (folío 49).

El doctor Armando Ossa Sosa, en memorial que obra a folios 51 del expediente, solicitó del Gobernador de Risaralda la confirmación de su nombramiento, en éstos términos:

> "En cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 960 de 1970, me permito presentar a usted la documentación extendida por las autoridades correspondientes, que demuestran el cumplimiento de los requisitos generales y especiales exigidos por el Decreto atrás mencionado para el desempeño del cargo de "notario" de la categoría "A".
>
> "Como usted me dispensó el inmerecido honor de designarme "NOTARIO SEGUNDO" de esta ciudad con fundamento en los documentos en cuestión, ruego a Ud., de la manera más comedida, confirmar mi nombramiento.
>
> "Afirmo bajo la gravedad del juramento que no tengo ningún impedimento legal para el desempeño del cargo de Notario".

Finalmente, el Gobernador de Risaralda, por medio del decreto No. 1959 de 6 de agosto de 1970, expedido "en uso de sus atribuciones legales y, en especial, de las que le confiere el decreto 960 de 1970, en sus artículos 130 y 141", confirmó el nombramiento del doctor Ossa Sosa, el cual se posesionó del cargo, el mismo día ante el Alcalde de Pereira.

Se observa que, cuando el gobernador confirmó el nombramiento, —el 6 de agosto de 1970— ya el decreto 960 había sido publicado en el Diario Oficial, el 5 de agosto de 1970.

En síntesis, todo el proceso se llevó a cabo sobre la base de la vigencia de ciertas disposiciones del decreto 960 de 1970: El Tribunal de Pereira formó las listas de candidatos de acuerdo con el decreto; el Gobernador de Risaralda, al nombrar notarios para el Distrito y al confirmarlos, se basó en sus atribuciones legales y, en especial, en las que le confiere el decreto 960 de 1970 y el mismo doctor Ossa Sosa, al pedir la confirmación de su nombramiento, invoca el decreto tantas veces mencionado y envía los documentos en él exigidos. De tal manera que el decreto 960 de 1970 era conocido por todas las personas interesadas y esto es lo esencial.

Por otra parte, las órdenes contenidas en el artículo 233 del decreto 960, que fueron cumplidas antes de su publicación en el Diario Oficial, eran órdenes internas, que no imponían ninguna obligación a los gobernados y que estaban dirigidas a los Tribunales Superiores y a los Gobernadores, los cuales debían acatarlas, tanto más si se tiene en cuenta que los Tribunales y los Gobernadores no podían formar listas ni hacer nombramientos con base en las normas de la ley 168 de 1948 que, como se ha visto, estaban suspendidas.

Ahora bien, si los Tribunales Superiores y los Gobernadores no podían formar listas ni hacer nombramientos con base en la ley 168 de 1948 y si tampoco podían hacerlo con base en el decreto 960 de 1970, bajo el pretexto de que no había sido promulgado, es preciso concluir que todos los nombramientos de notarios, hechos entre el 9 de julio y el 5 de agosto de 1970, son ilegales, por que, en ese lapso, hubo un vacio legal, durante el cual no existía ninguna norma aplicable al nombramiento de notarios, por estar la norma anterior suspendida y la norma nueva aun no promulgada.

La única solución es admitir que las órdenes impartidas por el decreto 960 a los Tribunales Superiores y a los Gobernadores eran órdenes internas dirigidas, no a los ciudadanos sino a la Administración, y que, por consiguiente, podían tener vigencia aún antes de su promulgación, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Además, conviene recordar que en el momento en que el Gobernador de Risaralda confirmó el nombramiento (6 de agosto de 1970), ya regía el decreto 960, por haber sido promulgado el día anterior en el número 33118 del Diario Oficial, razón por la cual el Gobernador estaba obligado a cumplir sus normas.

Finalmente, en el caso *sub judice*, el dilema de éste: el nombramiento del doctor Ossa Sosa se hizo o en vitud de la ley 168 de 1948 o en virtud del decreto 960 de 1970. Si lo primero, el nombramiento es nulo, por haberse hecho en virtud de normas que estaban suspendidas; si lo segundo, procede

entonces examinar si el doctor Ossa Sosa reunía los requisitos exigidos por el decreto 960 para ser elegido Notario Segundo de Pereira.

Requisitos exigidos por el decreto 960 de 1970.

Para poder ser elegido notario, el decreto 960 dicta varias reglas:

a) Para ser notario a cualquier título se requiere ser nacional colombiano, ciudadano en ejercicio, tener excelente reputación y tener más de 30 años (artículo 132);

b) Para ser notario en los círculos de primera categoría se exige, además de los requisitos generales, en forma alternativa:

1. Ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de notario o registrador de instrumentos públicos por un término no menor de 4 años; o la judicatura o el profesorado universitario en derecho, siquiera por 6 años; o ejercido la profesión de abogado por 10 años a lo menos;

2. No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de notario o de registrador, en un círculo de primera categoría por un tiempo no menor de 8 años, o en un círculo de inferior categoría siquiera por 12 años (artículo 153);

c) Para ser notario en círculos de segunda categoría, ver el artículo 154;

d) Para ser notario en círculos de tercera categoría, ver el artículo 155.

Ahora bien, según el decreto 961 de 1970 (junio 20), en Pereira habrá tres notarías de primera categoría (art. 1o., XVIII Risaralda), lo cual concreta el problema *sub judice* a los artículos 132 y 153.

Por otra parte, quien reciba el nombramiento de notario en propiedad deberá comprobar, ante quien hizo el nombramiento, que reune los requisitos exigidos, en orden a la confirmación. Sin ésta, no podrá tomar posesión del cargo ni ejercerlo (art. 139, ibídem).

Para la forma de probar cada uno de los requisitos ver los artículos 140 y 141 ibídem.

En síntesis, para hacer confirmar su nombramiento, posesionarse y ejercer el cargo de notario, el doctor Ossa Sosa debía comprobar ante el Gobernador de Risaralda lo siguiente:

1. Que era nacional colombiano;

2. Ciudadano en ejercicio;

3. De excelente reputación;

4. De más de 30 años y

5. Que era abogado titulado, con una de éstas adiciones:

a) Haber sido notario o registrador por un mínimo de 4 años;

b) O haber ejercido la judicatura por un mínimo de 6 años;

c) O haber sido profesor universitario de derecho por un mínimo de 6 años;

d) O haber ejercido la profesión de abogado por un mínimo de 10 años.

Procede entonces verificar los anteriores requisitos, uno a uno:

1. Nacional colombiano: lo comprueba con la fe de bautismo, a folios 57 del expediente y con la cédula de ciudadanía, a folios 53;

2. Ciudadano en ejercicio: lo comprueba con un certificado del Registrador del Estado Civil, en que se dice que la cédula de ciudadanía 2927376 de Bogotá corresponde al señor Ossa Sosa y que está vigente, a folios 53;

3. Excelente reputación: a folios 55 aparecen dos declaraciones de testigos que asi lo atestiguan, pero se echa de menos el carnet judicial, que debe exhibirse en estos casos;

4. Tener más de 30 años: lo comprueba con la partida de bautismo, a folios 57;

5. Título de abogado: lo comprueba con una copia auténtica del acta de grado en la Universidad Libre de Colombia, el día 11 de diciembre de 1964, a folios 59 del expediente;

5. a) Haber sido notario o registrador por un mínimo de 4 años: a folios 27 y 72, hay constancia de que el señor Ossa Sosa fué notario interino en Pereira, entre el 5 de enero de 1970 hasta el 6 de agosto del mismo año. En total, 7 meses, lo cual no es suficiente para cumplir este requisito legal. En el expediente no hay constancia de que el señor Ossa Sosa hubiera sido registrador;

5. b) Haber ejercido la judicatura por un mínimo de 6 años; En el expediente consta que el doctor Ossa Sosa ejerció lo siguientes cargos judiciales:

1. Juez 3o. penal municipal de Pereira:
   De 16 de enero de 1963 a 15 de enero de 1964, fol. 31, 32, 62, 63, 69.
   12 meses.
2. Juez promiscuo municipal de Santuario:
   De enero 17 de 1964 a 17 de enero de 1965, fol. 39, 61. 12 meses

3. Juez 1o. civil municipal de Pereira:
   De enero 10 de 1965 a 31 de julio de 1965, fol. 38, 62, 63. (5 meses 21 ds.

4. Juez 4o. civil municipal de Pereira:
   De 1o. de agosto de 1965 a 18 de febrero de 1966 fol. 37 vto, 62, 63.
   (6 meses 18 días.)
   Lo que da un total de 36 meses 9 días.

O sea que el señor Ossa Sosa ejerció la judicatura durante tres (3) años nueve (9) días, lo que es insuficiente, puesto que la ley exige un mínimo de 6 años.

Es verdad que el apelante ejerció el cargo de abogado procurador, grado 18, en la cárcel del Distrito de Pereira, desde el 11 de agosto de 1967 hasta el 12 de diciembre de 1969, es decir durante dos (2) años y cuatro (4) meses. Ese tiempo podría servirle como tiempo de ejercicio profesional, pero de ninguna manera puede computarse como judicatura, porque un abogado procurador en una cárcel de Distrito no ejerce funciones de juez o magistrado, en lo que consiste la judicatura, sino simples funciones de abogado. Pero, ni aún computándo ese tiempo como judicatura, se cumplirían los requisitos de la ley, puesto que la suma daría cinco (5) años cuatro (4) meses y 9 días, cuando la ley exige un mínimo de seis (6) años.

5. c) No hay constancia en el expediente de que el doctor Ossa Sosa hubiera sido profesor universitario de derecho;

5. d) Tampoco se comprueba en el expediente el mínimo de 10 años de ejercicio profesional.

En síntesis, el Doctor Ossa Sosa no llena los requisitos legales para ser notario 2o. de Pe reira. Por lo cual, la sentencia del Tribunal de Risaralda, objeto de esta apelación, habrá de confirmarse.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 22 de abril de 1971, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda anula los decretos 1897 y 1959 de 11 de julio y 6 de agosto de 1970 del Gobernador de Risaralda, referentes al nombramiento y confirmación del doctor Armando Ossa Sosa para el cargo de Notario 2o. de Pereira, así como también el acta de posesión del mismo.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Juan Hernández Sáenz
Presidente

Alfonso Arango Henao
Vice-Presidente

Osvaldo Abello Noguera

Eduardo Aguilar Vélez

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Saiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gómez Mejía

Miguel Lleras Pizarro

Lucrecio Jaramillo Vélez

Alvaro Orejuela Gómez

Humberto Mora Osejo

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

Gustavo Salazar Tapiero

Rafael Tafur Herrán

Hernando Franco Rojas
Secretario General

A 366-XI 17/PJ

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

REINTEGRO AL SERVICIO Y RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES. *Términos de caducidad de las acciones correspondientes.* **Cree la Sala que la tesis sostenida en el auto de 19 de Abril de 1969 con ponencia del Dr. Andrés Holguín, en el juicio de Jesús A. Rivas, contra el Departamento del Chocó, merece una aclaración: El fundamento principal de la providencia es el de que deben aplicarse a las reclamaciones de prestaciones sociales los artículos 181 del Código de Procedimiento Laboral y, más concretamente, el art. 41 del Decreto 3135 de 1968.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

Bogotá, D.E., octubre cuatro de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Nemesio Camacho R.**

Ref.: Radic. No. 2404. Apelación de la sentencia de 26 de febrero de 1971, del Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: JAIME POSADA VALENCIA.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción el doctor Jaime Posada

Valencia, por medio de apoderado, solicitó del Tribunal Administrativo de Antioquia, que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*PRIMERA.* Que son nulos por violación del Acuerdo No. 12 de 26 de junio de 1964, del H. Consejo Directivo de la UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA sobre escalafón de Profesores a nivel universitario, tanto la Resolución No. 51 de 1o. de diciembre de 1967, proferida por el H. Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia y por la cual se me excluyó del Escalafón Profesoral Universitario y se declaró la insubsistencia de mi nombramiento, como Profesor Agregado en la Facultad de Química Farmacéutica de la misma Universidad, como el Acto Administrativo aprobado por el mismo Consejo Directivo en sesión del 17 de diciembre de 1969 y por el cual se negó mi reincorporación al cargo del cual había sido destituído.

"*SEGUNDA.* Que como consecuencia de la declaración anterior y para restablecer al suscrito en mis derechos, de acuerdo con la calidad de la Acción de Plena Jurisdicción que ejercito, se disponga:

"a) Que se me restituya o reintegre al Escalafón de Profesores a nivel universitario en la Universidad de Antioquia y en la categoría de Profesor Agregado.

b) Que se me reintegre al cargo que venía desempeñando como Profesor Agregado de la Facultad de Química Farmacéutica de la Universidad de Antioquia, o a otro de igual o superior categoría, con idéntica intensidad horaria, con el sueldo que actualmente tiene asignado y con todos los privilegios y garantías inherentes a mi condición de Profesor escalafonado.

"c) Que se me paguen los sueldos dejados de devengar desde el momento en que se produjo el despido, y hasta que se verifique el reintegro, teniendo en cuenta los distintos aumentos ocurridos con posterioridad a mi destitución.

d) Que no se consideren interrumpidos mis servicios por causa de los actos acusados, para los efectos legales correspondientes".

Los hechos relatados por la demanda, según el Tribunal en su sentencia proferida el 26 de febrero de 1971, pueden resumirse así:

"Fue un hecho notorio la intoxicación masiva ocurrida en Chiquinquirá el 25 de noviembre de 1967 a causa del consumo de levadura contaminada con folidol.

"A raiz del trágico hecho, que arrojó un saldo muy considerable de víctimas, el Químico Farmacéutico doctor Jaime Posada Valencia, demandante, hizo para la prensa algunas declaraciones de tipo científico en su especialidad, dentro de las cuales tildó de inadecuado el tratamiento seguido por los médicos que en Chiquinquirá intervinieron para combatir la colectiva intoxicación.

"Lo anterior dió lugar no sólo a una denuncia penal en contra del actor, por parte del cuerpo médico de aquella ciudad, pues que en sentir de ellos fue un atentado contra la integridad moral; sino también a que el Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia tomara la determinación a que se contraen los actos enjuiciados, o sea su desplazamiento del escalafón profesoral y consiguiente destitución del cargo de Profesor Agregado de la Facultad de Química Farmacéutica que desempeñaba en la docencia universitaria, por cuanto que la entidad demandada consideró su conducta un tanto "personalista y espectacular".

"La justicia ordinaria liberó al doctor Posada Valencia del compromiso penal, mediante sobreseimiento definitivo datado en mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve; pero la Universidad no accedió a reconsiderar su medida, según el acto administrativo aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la misma, en la sesión celebrada el 17 de diciembre de 1969".

El actor cita como violadas las siguientes normas: Arts. 9o. y 10o. de la ley 43 de 1945, 5o. de la ley 97 del mismo año, 2o., 3o. y 6o. del Acuerdo No. 12 de 26 de junio de 1964, expedido por el Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, Acuerdo No. 18 de 28 de agosto de 1964.

El Tribunal de conocimiento en su sentencia, declaró caducada la acción y el apoderado del actor inconforme con el fallo interpuso para ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación.

Para decidir, se considera:

La Fiscalía 4a. de la Corporación, en su concepto de fondo pide que sea revocada la sentencia apelada y que se acceda a las súplicas de la demanda.

Igualmente, respalda su petición transcribiendo apartes del auto que con ponencia del doctor Andrés Holguín se dictó en el juicio de Jesús A. Rivas, contra el Departamento del Chocó.

Cree la Sala que la tesis sostenida en ese auto merece una aclaración: El fundamento principal de la providencia es el de que deben aplicarse a las reclamaciones de prestaciones sociales los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral y, más concretamente, el art. 41 del Decreto 3135 de 1968.

El artículo 41 antes citado dice:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad

competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

Evidentemente, de acuerdo con la demanda presentada el 14 de marzo de 1970, lo que se reclama es el reintegro al cargo que ocupaba al actor y el pago de sueldos que hubieren correspondido al doctor Posada Valencia desde el día en que fue declarado insubsistente su nombramiento hasta aquel en que se verifique el reintegro. Estas peticiones no son, ciertamente la traducción del cumplimiento de las leyes sociales a que se refiere el art. 151 del Código de Procedimiento del Trabajo, ni las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 que contiene el estatuto del empleado oficial y sus prestaciones sociales.

Las reclamaciones de prestaciones propiamente dichas, no caducan sino en tres años y así lo ha venido sosteniendo la Sala. Podría alegarse que la última resolución demandada data de 1969, pero el Tribunal acertadamente no lo encuentra de recibo, porque, como lo advierte el Fiscal del *a-quo,* no es producto de ningún recurso interpuesto dentro del tiempo contra la primitiva determinación, la cual quedó en firme sin ser impugnada.

Por lo anterior, el Consejo habrá de confirmar la sentencia proferida por el *a-quo,* adviertiendo eso sí, que esta entidad no confunde la caducidad con la prescripción, como pretende decirlo el Tribunal de Antioquia.

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, en desacuerdo con la Fiscalía 4a. de la Corporación,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 26 de febrero de 1971.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 1o. de octubre de 1971.

Rafael Tafur Herrán *Nemesio Camacho Rodríguez*
No asistió a Sala por enfermedad

Eduardo Aguilar Vélez *Alvaro Orejuela Gómez*

Susana M. de Echeverri
Secretaria

A 367 - XI 18/PV

DIRECCION DEPARTAMENTAL DE TRANSPORTES Y TRANSITO DE BOYACA

ACCION DE PLENA JURISDICCION. *La cuantía como factor para distribuir la competencia entre los Tribunales y el Consejo de Estado.* **Salvo para aquellos casos en que la ley ha previsto en forma expresa una competencia específica para algunas acciones de plena jurisdicción como lo son las relativas a impuestos, las de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, etc., para las demás acciones de plena jurisdicción que tengan una cuantía determinada deberá darse aplicación a las normas del decreto 528 de 1964 que estableció una distribución de la competencia entre los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado tomando como base la cuantía.**

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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

Exp. 1588

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández.**

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por el demandante contra el auto de fecha julio 12 de 1971, por medio del cual el H. Magistrado sustanciador, Dr. Humberto Mora Osejo, negó la admisión de la demanda por no ser competente el Consejo de Estado, en razón de ser inferior a cien mil pesos la cuantía de la acción de plena jurisdicción incoada.

El auto suplicado. La providencia recurrida sienta la tesis de que tratándose de la acción de plena jurisdicción, la competencia que establecía el numeral 10o. del artículo 34 del C.C.A. según el cual el Consejo de Estado conocía en general, de los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno proferidos por autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden nacional, sin sujeción a la cuantía, fue modificado por el Decreto 528 de 1964 estatuto que introdujo el elemento de la cuantía para distribuir la competencia en el conocimiento de las acciones de plena jurisdicción entre los Tribunales y el Consejo de Estado, según aquella sea inferior a treinta mil pesos, de treinta a menos de cien mil pesos y superior a cien mil pesos, casos en los cuales corresponde conocer al Tribunal Administrativo en única o en primera instancia y al Consejo de Estado en única instancia, respectivamente.

El recurso. El recurrente afirma que la competencia corresponde al Consejo de Estado por disponerlo así el numeral 10o. del artículo 34 del C.C.A.; y que asi lo ha venido aceptando el Consejo en diferentes oportunidades, pero no aduce razones para desvirtuar la tesis del auto suplicado que, como se ha visto, consiste en tener por modificada la disposición en que se apoya el demandante por virtud de lo dispuesto en el decreto extraordinario 528 de 1964 que estableció diversas reformas en materia contencioso administrativa.

Para resolver se considera:

Los artículos 30, ordinal 1o., literal b; y 32 ordinal 1o., literal c y ordinal 2o., literal e), del decreto 528 de 1964, establecen, en su orden:

"Artículo 30. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que señala la ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce:

1. En única instancia:

...

b) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos";

"Art. 32. Los tribunales administrativos conocen:

1. En única instancia:

. . .

c) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos";

. . .

2. En primera instancia:

. . .

e) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos sin llegar a cien mil pesos";

Como lo señala el auto suplicado, dentro del enunciado que establecen las anteriores disposiciones al señalar "las actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho", se comprenden todas las fuentes de responsabilidad administrativa a que se refieren los artículos 67 y 68 del C.C.A. De suerte que, salvo para aquellos casos en que la ley ha previsto en forma expresa una competencia específica para algunas acciones de plena jurisdicción como lo son las relativas a impuestos, las de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, etc., para las demás acciones de plena jurisdicción que tengan una cuantía determinada deberá darse aplicación a las normas del decreto 528 de 1964 que estableció una distribución de la competencia entre los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado tomando como base tal elemento.

La controversia sobre la responsabilidad de la administración nacional de que da cuenta este juicio, la concreta el actor en la devolución de la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), valor de la multa que le fuera impuesta a la sociedad demandante por la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito de Boyacá, lo cual situa la acción de plena jurisdicción incoada dentro de lo previsto en el literal c), numeral 1o., del artículo 32 del Decreto 528 de 1964.

Por lo anteriormente expuesto, no se accede a reponer el auto suplicado, el cual se adiciona en el sentido de ordenar el envío del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por ser Bogotá el domicilio de la sociedad demandante, según se lee al folio 2 del expediente, (Artículo 8o. del decreto 1819 de 1964), para los fines legales pertinentes de acuerdo con los artículos 99, numeral 3 y 156 del C. de P.C. + ART. 6.

(Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala Plena en su sesión de 26 del presente, por convocatoria hecha por esta Sección en los términos del artículos 24 del Decreto 528 de 1964).

Cópiese, notifíquese y envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Juan Hernández Sáenz
Presidente

Jorge Dávila Hernández

Alfonso Arango Henao
Salva el voto

Lucrecio Jaramillo Vélez

Rafael Tafur Herrán

Eduardo Aguilar Vélez

Nemesio Camacho Rodríguez

Alvaro Orejuela Gómez

Alfonso Castilla Sa iz

Osvaldo Abello Noguera

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

Miguel Lleras Pizarro

Gustavo Salazar Tapiero

Hernando Gómez Mejía.

Hernando Franco Rojas
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Al discrepar de la opinión mayoritaria de Sala, a manera de salvamento de voto, considero oportuno presentar algunas apartes de mi ponencia que fue derrotada.

"El señor Consejero sustanciador basó su determinación en que la acción incoada no es de carácter laboral, en que el artículo 34 del C.C.A., numeral 10o., instituía una cláusula general de competencia, en que el Decreto-Ley 528 de 1964 modificó las competencias para el Consejo de Estado y para los Tribunales Administrativos, según el contenido de los artículos 30, ordinal 1o., literales a), b) y g); y 32, literales a), c) y h) del ordinal 1o; y, en los literales a), c) y e) del literal 2o. del mismo artículo 32; y, finalmente, en que la cuantía es determinante para fijar las competencias de conformidad con los literales c) del ordinal 1o., y e) del ordinal 2o. del mismo artículo 32, en armonía con el literal b), ordinal 1o. del artículo 30 del mismo decreto 528.

El recurrente sostiene que la disposición que fija la competencia del Consejo de Estado para el conocimiento del presente negocio la establece el artículo 34, numeral 10 de la Ley 167 de 1941.

Para definir el problema planteado, se atiene la Sala a lo dicho en pasada oportunidad, cuando en auto de 1o. de marzo del año que cursa, proferido dentro del negocio radicado bajo el número 1456, estudió un caso igual al presente y se pronunció en estos términos que ahora confirma:

El artículo 34 de la Ley 167 de 1941 dice que el Consejo de Estado conoce privativamente y en única instancia de "10) De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, de los ministerios o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta".

Dos requisitos exige este numeral para fijar la competencia al Consejo de Estado para las contenciones administrativas:

1. Que el acto emane de una autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, y

2. Que su conocimiento no esté atribuído a otra jurisdicción. Si estos dos requisitos se cumplen, no hay duda de que el conocimiento de la controversia corresponde a la máxima autoridad contencioso administrativa en la nación y en única instancia. En el caso sometido a discusión no cabe la menor duda de que la autoridad de donde provienen los actos impugnados es

de carácter nacional, y que su conocimiento no está atribuído a otra jurisdicción. Pero dentro de esta misma jurisdicción puede estar asignados, como lo afirma el auto recurrido, a autoridad distinta del Consejo de Estado, pues, allí se sostiene que la competencia es del Tribunal Administrativo en virtud de que su cuantía es superior a los treinta mil pesos, sin pasar de los cien mil pesos.

El artículo 32 del Decreto 528 de 1964, en su ordinal 1o., fija la competencia en única instancia para los Tribunales Administrativos, teniendo en cuenta, en más de una oportunidad, la cuantía del negocio que se pretende ventilar. Es así como este elemento cuantía de la acción juega un papel decisivo en negocios de carácter laboral no provenientes de contratos de trabajo y relacionados con vinculación de esta índole a entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, y municipal; en contratos administrativos del orden nacional; en juicios de impuestos; en incidentes de excepciones y tercerías dentro de los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva. Por su parte, el numeral 2o. de los mismos artículos y decreto en mención, tiene también en cuenta el factor cuantía para efectos de la determinación de la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Desde luego, este elemento de cuantía, es determinante también en las competencias asignadas por la ley al Consejo de Estado.

En cuanto a la responsabilidad de las entidades de derecho público han dicho el literal c) del numeral 2o. del comentado artículo 32, que ellas se determinan en razón de la cuantía, pues mientras el literal c) fija para conocimiento en única instancia por parte de los Tribunales Administrativos una cuantía inferior a treinta mil pesos, el literal e) del numeral 2o. establece la misma competencia pero en *primera* instancia para aquellos juicios de responsabilidad que tengan una cuantía de treinta mil pesos o que exceda de esa suma. Estas controversias sobre responsabilidades pueden tener diversos orígenes y corresponden a aquellas que antes de la vigencia del Decreto 528 eran de conocimiento de la justicia ordinaria y que hoy están atribuídas a la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de la cual se inician con ese fundamento y con el que les otorga el artículo 68 del C.C.A.

Pero para las acciones de plena jurisdicción, donde el restablecimiento del derecho puede consistir en una indemnización estipulada en dinero, o en el reconocimiento de un derecho negado, o en la devolución de un depósito de suma aún incierta en la demanda, pero determinable en el momento de restablecer el derecho quebrantado, no es preciso ni establecer la cuantía, ni estimarla para efectos de la competencia, pues, ésta se fija por el origen del acto y no por la suma de pesos que sobrevenga como restablecimiento del derecho que se ha lesionado con el acto de la administración cuya nulidad se persigue previamente al restablecimiento del derecho demandado, por consi-

guiente, en el caso planteado por el señor apoderado de la señorita Isabel Cifuentes Herrera, el elemento cuantía no sirve para determinar la competencia que está fijada claramente por el artículo 34 del C.C.A., numeral 10o., en virtud del origen del acto y de no estar atribuído a otra jurisdicción su conocimiento.

Fecha ut supra.

Alfonso Arango Henao

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

TITULO III

Orden Municipal

CAPITULO UNICO:

Acuerdos de los Concejos

A 368-XII 1/AN

CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLIN

POLICIA LOCAL. Reglamentación del funcionamiento de fábricas, depósitos y expendios de fuegos artificiales, explosivos, materias inflamables o que produzcan emanaciones dañinas.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., noviembre cinco de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández.**

El doctor Román Gómez Pineda, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad que establece el artículo 66 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia la declaratoria de nulidad de los artículos 11o. y 12o. del Acuerdo número 16 de 1964, expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

Tramitado el juicio en legal forma, el Tribunal *a-quo* dictó su sentencia de fecha 12 de diciembre de 1971, favorable a las súplicas del demandante, fallo contra el cual interpuso recurso de apelación el Pe rsonero Delegado, Dr. Manuel Osorio Urrea.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, procede el Consejo a resolver el recurso de alzada interpuesto.

Mediante el Acuerdo número 16 de 1964, el Concejo Municipal de Medellín, expidió normas que reglamentan el funcionamiento de fábricas, depósitos y expendios de pólvora. Las disposiciones acusadas del Acuerdo, esto es, sus artículos 11 y 12 son del siguiente tenor:

> "Artículo 11. El incumplimiento de las disposiciones de este Acuerdo, proveniente de la falta de autorización o de violación de las normas sobre zonificación, se sancionará por la Alcaldía con el decomiso de los artículos y el cierre del establecimiento, mediante el procedimiento verbal que establece el Código de Policía".

> "Artículo 12. Las demás infracciones se sancionarán con la suspensión temporal de la autorización por el término de seis (6) meses".

El demandante señala como violado por las transcritas disposiciones, el artículo 169, ordinal 6o. del C. de R.P. y M. en cuanto esta norma solo faculta a los Concejos para "señalar penas de multa hasta de cincuenta pesos y arresto hasta por diez días a los que infrinjan sus acuerdos", pero no para imponer las penas de decomiso y el cierre del establecimiento o la suspensión del mismo por seis meses.

Como se solicitara, igualmente, la suspensión provisional de las normas acusadas, el Tribunal la decretó considerando que violaban en forma ostensible la invocada disposición del C. de R.P. y M., providencia que fue confirmada por el Consejo mediante auto de 14 de abril de 1970.

El señor Fiscal Primero del Consejo, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmarse, pues, "la simple comparación del acto acusado con la norma superior pone de manifiesto su flagrante violación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejo comparte el criterio del Tribunal *a-quo*, sustentado por el señor Fiscal colaborador, en cuanto, ciertamente, las normas acusadas sobrepasaron las atribuciones de los Concejos Municipales que establece el C. de R.P. y M. en el citado artículo 169.

Empero, lo anterior no significa, como atinadamente lo apunta el Tribunal de instancia, que las autoridades policivas y el Alcalde de Medellín carezcan de facultades otorgadas, ya no por el acuerdo demandado, sino por la propia ley, para sancionar las violaciones al mismo, de conformidad con lo previsto

en los decretos extraordinarios números 522 de 1971, que derogó el decreto 1118 de 1970 y 1355 de 1970. Así, el primero de estos decretos que contiene las llamadas contravenciones especiales en su artículo 22 establece:

> "El que sin permiso de autoridad, fabrique, venda o suministre fuegos artificiales incurrirá en multa de quinientos a cinco mil pesos y en el decomiso del producto".

La anterior contravención penal se investiga y sanciona por el procedimiento especial que establece el artículo 61 y ss. del mismo decreto, cuyo conocimiento en primera instancia corresponde a los Alcaldes y a los Inspectores de Policía que hagan sus veces (Art. 70, ibídem).

De otra parte, el decreto 1355 de 1970 "por el cual se dictan normas de policía", confiere facultades a las Asambleas y Departamentos para expedir reglamentos de policía dentro de los límites que este mismo estatuto señala, (Artículo 8o) con lo cual debe tenerse por adicionadas las atribuciones que a los Concejos Municipales les otorga el C. de R.P. y M. en el artículo 169. El artículo 114 de este decreto prevé, en relación con la materia a que se refiere el acuerdo 16 de 1964, lo siguiente:

> "No podrá establecerse depósito de explosivos o de materias inflamables, ni industria expuesta a peligro de explosión o de incendio, ni la que produzca emanaciones dañinas para las cosas o peligrosas para la salud de los habitantes,*sino de acuerdo con lo que se disponga en los reglamentos de policía local*" (se subraya).

Y de acuerdo con lo previsto en el artículo 214, *ibídem,* compete a los Alcaldes o quienes hagan sus veces, mediante el procedimiento que señala el artículo 228 y ss., retirar o suspender licencias o permisos:

1. Al que reincida en los hechos que hayan dado motivo al cierre temporal de su establecimiento.

2. Al que, habiendo obtenido permiso de la autoridad para ejercer oficio o tarea determinada, viola las condiciones de la licencia.

En consecuencia, compete a los Concejos señalar los hechos que den motivo al cierre temporal de un establecimiento, así como la duracción de tal medida, para los efectos indicados en la transcrita disposición. Por este aspecto, se tiene que lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo acusado, esta convalidado por el vigente ordenamiento legal que le otorga facultades a los Concejos en materia policiva, en todo aquello que no haya sido reglamentado por las leyes o las ordenanzas.

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 11 del acuerdo número 16 de

1964, se tiene que la pena de decomiso sí está prevista en el citado artículo 22 del decreto primeramente citado y en cuanto al cierre del establecimiento es natural consecuencia de la "falta de autorización o de violación de las normas sobre zonificación", eventos que pueden ser materia de reglamentación por parte de los Concejos Municipales dentro de las facultades que les otorga el decreto 1355 de 1970.

De lo anterior se viene en conclusión que el ordenamiento policivo contenido en las normas acusadas quedó convalidado por las nuevas facultades que a los Concejos les otorga los actuales estatutos legales y, en consecuencia, no chocan ni violan el actual régimen legal y así habrá de reconocerlo el Consejo, mediante la revocatoria de la sentencia apelada, con la salvedad de que el procedimiento para aplicar las sanciones que señala el Art. 11 del Acuerdo 16, no es el que establezca el Código de Policía de Antioquia, sino el contenido en los decretos 522 de 1971 y 1355 de 1970, según sea el caso, a los cuales, deben ceñirse los códigos de policía locales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oido el Agente del Ministerio Público administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. Revócase la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos setenta, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, salvo en cuanto al procedimiento a que se refiere el artículo 11 del Acuerdo número 16 de 1964 para imponer las sanciones allí previstas, cuya nulidad se confirma.

SEGUNDO. Con la misma salvedad a que se refiere el numeral anterior, levántase la suspensión provisional de los artículos 11 y 12 del Acuerdo número 16 de 1964, expedido por el Concejo Municipal de Medellín, lo cual comunicará el Tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Dávila Hernández *Alfonso Arango Henao*

Lucrecio Jaramillo Vélez

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

TITULO IV

Indemnizaciones

CAPITULO PRIMERO:

Responsabilidad Contractual

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

PRUEBAS. OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLAS Y PARA PRACTICARLAS. De conformidad con lo preceptuado por la Ley 105 de 1931 existe una oportunidad para decretar pruebas y otra para practicarlas y por lo tanto para que dentro de la inspección ocular —hoy llamada judicial— se puedan presentar pruebas, es necesario que la parte interesada las haya solicitado en tiempo oportuno.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Bogotá, D.E., diciembre seis de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Portocarrero Mutis.**

Ref. Expediente No. 1248. Ordinario.

ACTOR: SOCIEDAD "NIETO, ORTIZ, RAMIREZ LIMITADA".

Por providencia de cuatro (4) de agosto del presente año el Consejero Sustanciador Dr. Alfonso Castilla Sáiz no accedió a tener como prueba varios documentos presentados en la diligencia de inspección judicial y a que se

formulara un nuevo cuestionario a los peritos que deben rendir el dictamen en este juicio.

Contra tal decisión interpuso recurso de súplica el apoderado de la Sociedad actora considerando que con base en los artículos 597 del Código Judicial y 728 de la misma obra, debió despacharse favorablemente su petición. Como el trámite del recurso se encuentra surtido procede la SALA a resolverlo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En la providencia suplicada expresó el Sustanciador: "Según ese estatuto –se refiere a la ley 105 de 1931– el Juez puede ampliar a petición de parte, los puntos sobre que deben dar dictamen los peritos. y advierte el artículo 597 *ibídem* que para estimar el medio de las pruebas, éstas han de fomar parte del proceso: "2. Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el juez y las partes". Sobre estos dos preceptos, invocados por el apoderado peticionario, es que debe concretarse el estudio materia de esta providencia.

"Tales disposiciones han dado lugar a diferentes y encontradas opiniones, y la jurisprudencia ha sido cambiante en cuanto a su interpretación y aplicación, pues es la tentación permanente de los litigantes de aprovecharlos para tratar de mejorar su posición respecto de la contraparte, cuando quiera que no consideran suficientes las pruebas aportadas y pedidas en la oportunidad procesal correspondiente.

"En el presente caso no se trata de la prueba concurrente de inspección ocular con la de peritos, sino de dos pruebas independientes la una de la otra, pues no sólo así fue pedida y decretada sino que los puntos sobre los cuales versa cada una de ellas, son diferentes. De ahí que resulte acertado sostener, como lo hace el apoderado del "INCORA" que la ampliación del dictamen pericial tal como lo ha solicitado de la sociedad demandante 'envuelve una petición de pruebas que es extemporánea y porque el dictamen pericial sobre los aspectos a que alude la petición del doctor Castro no es necesario para el esclarecimiento de los hechos sobre que versó la inspección ocular' . Y evidentemente la diligencia que se practicaba en las Oficinas del Instituto tenía por objeto establecer unos hechos muy diferentes a los que deben referirse los peritos en la prueba separada decretada conforme al memorial petitorio correspondiente, de donde es claro deducir que el cuestionario nuevo presentado por el apoderado de la sociedad actora aparte de referirse, en muchos aspectos a cuestiones que son materia precisamente de la decisión judicial, su presentación es inoportuna.

"Y en cuanto a los documentos, aunque evidentemente tienen relación, no propiamente con los hechos materia de la diligencia, sí con el debate judicial, ellos han debido ser aportados en la oportunidad procesal correspondiente para que no resultaran sorpresivamente presentados, no pudiendo la contraparte por esta razón, infirmarlos, resultando así la prueba si se aceptara, contraria al principio de contradicción".

Evidentemente, la Ley 105 de 1931 consagraba una oportunidad procesal general para pedir pruebas y otra para practicarlas y ello con el fín de que no se violara el principio de la lealtad procesal según el cual a las partes les está vedado realizar cualquier actividad que coja de sorpresa, sin permitir defenderse, a sus contrapartes. Aunque el artículo 597 del antiguo Código Judicial pareciera permitir que durante la inspección ocular —hoy llamada judicial— se pudieran presentar pruebas dentro de esa diligencia, debe entenderse como lo ha dicho la Corte que en esta ocasión la presentación de pruebas "no puede ser *ad-libitum,* en tratándose de un juicio ordinario, sino que es necesario que la parte las haya solicitado o pedido en tiempo oportuno, en los primeros diez días de que habla el artículo 746". (Auto Sala de Negocios Generales de 9 de octubre de 1959 —G.J. No. XCI).

Ahora bien: si se accediera a lo solicitado por el apoderado de la actora en el sentido de ampliar el cuestionario sometido a los peritos con puntos diferentes al objeto del experticio, no se estaría haciendo cosa distinta de ordenar una prueba cuando la oportundiad para decretarla se encuentra precluída. La ampliación que pueden solicitar las partes, del dictamen que se rinda en un juicio, es sobre los puntos a que se ha referido tal prueba, más no a que pretendan someterse cuando ya la prueba ha sido evacuada.

Conviene transcribir lo que en caso similar se dijo en auto de 28 de Marzo de 1968 (Juicio No. 715):

"La inspección ocular que la antigua legislación española designaba tan expresivamente "vista de ojos", tiene el objeto preciso que le señala el artículo 728 del Código Judicial. Ese objeto es el examen y reconocimiento de algo, que hace el Juez, y por eso aunque a éste lo acompañen peritos o testigos, el dictamen pericial y el testimonio tienen un valor probatorio distinto al que tiene la propia inspección ocular. Esto, porque como lo ha sostenido la jurisprudencia, se trata de pruebas distintas, aunque las dos últimas o una sola de ellas, se practiquen con ocasión de la primera.

"Es cierto que según lo prescrito en el artículo 728 durante la diligencia, el Juez puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos; pero los hechos a que la disposición se refiere son los que se han

sometido a examen desde el momento en que se solicitó la inspección, y no otros, así se relacione con el objeto central de la acción. Por otra parte las pruebas se ordenan practicar, con citación de la parte contraria, dando a cada litigante la oportunidad de poder contraprobar lo que pretende el contendor. Sólo así obra el principio del equilibrio procesal.

"En el presente caso el señor apoderado de la parte actora, en el momento en que se iba a practicar la diligencia pidió someter a la parte demandada interrogaciones y exhibiciones que pueden tener relación con la finalidad del proceso, pero que no la tienen inmediatamente con los puntos concretos de la inspección ocular. Son dos cosas distintas que no pueden confundirse, entre otras cosas, porque bajo la denominación de inspección ocular no se pueden involucrar distintos medios de pruebas".

Luego, como la petición del apoderado de la actora no fue hecha dentro de la oportunidad legal y no tiene relación con la inspección judicial que se realizó en las Oficinas del "INCORA", ya que la investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos se refiere es a aquéllos a que se contrae la diligencia de inspección judicial y no a los del debate, debe concluirse que la providencia suplicada está ajustada a derecho.

Por las razones expuestas, la SALA DE DECISION DE LA SECCION TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO,

CONFIRMA

El auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Portocarrero Mutis *Osvaldo Abello Noguera*

Gabriel Rojas Arbeláez

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

CAPITULO SEGUNDO:

Responsabilidad Extracontractual

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. *(Ferrocarriles Nacionales de Colombia). Corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de los actos y hechos que realicen en cumplimiento de sus funciones.* **A partir de la vigencia de los Decretos 1050, 3130 y 3160 de 1968 el régimen jurídico a que están sometidas las empresas industriales y comerciales del Estado, cambió fundamentalmente cuando hizo la distinción entre éstas, las sociedades de economía mixta y los establecimientos públicos. Los actos y hechos que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia realicen" para el cumplimiento de sus funciones" como son, entre otras, el transporte de carga y pasajeros fueron atribuídos por las normas citadas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Bogotá, D.E., octubre catorce de
mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Portocarrero M.**

Ref. Expediente No. 1273.

ACTOR: JAIME LOZANO.

El señor Jaime Lozano por medio de apoderado presentó demanda contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia con el objeto de que se declarara a esta entidad "civil y administrativamente responsable de las heridas sufridas por el señor Jaime Lozano, principalmente el cercenamiento total de la pierna derecha, al producirse la colisión de trenes pertenecientes a esa Empresa industrial y comercial del estado, el cinco (5) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968) en Chiriguará (Cesar), aproximadamente de las once a las doce de la noche" y que como consecuencia se le pagarán al actor "el valor de los perjuicios materiales y morales, tanto objetivos como subjetivos, por él sufridos con ocasión de la colisión mencionada de los dos trenes, especialmente por el cercenamiento total de la pierna derecha, la incapacidad definitiva por los días que quedó sin trabajar, la deformidad física permanente, su hospitalización en las clínicas, prolongados tratamientos en su hogar, gastos en prótesis disminución de su capacidad funcional de trabajo, etc".

El señor Consejero Sustanciador no admitió la demanda por considerar que al tenor de lo dispuesto en los artículos 54 del Decreto 3160 de 1968 y 1o. del Decreto 1242 de 1970 los Ferrocarriles Nacionales de Colombia son una empresa industrial y comercial del Estado y que en virtud de lo estatuído en el art. 31 del Decreto 3130 de 1968, es la jurisdicción ordinaria y no la contencioso administrativa la competente para conocer de esta clase de negocios.

Contra la providencia en cita, el señor apoderado del actor interpuso recurso de súplica, el cual se entra a resolver previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

El recurrente fundamenta su memorial de sustentación en estas razones:

1. No se trata de una responsabilidad por el incumplimiento de un contrato, sino de una responsabilidad extracontractual, derivada de un hecho que causó un daño.

2. "las normas citadas en el proveído en materia de competencia, no le han desplazado, de ninguna manera, en materia de responsabilidad extracontractual, de la justicia contencioso administrativa, a la justicia ordinaria. Si se leen atentamente, se encuentra que la normación está relacionada con los contratos u actos administrativos, y éstos en lo atinente a si tienen la cláusula de caducidad o no, para la repartición de competencias. Nada, desde 1964, se dispuso en materia de responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, es la jurisdicción contencioso administrativa la que continúa conociendo de los

asuntos en que resulten responsables los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por hechos acaecidos en cuanto desarrollan actividades de servicio público. Por algo, las normas –comenzando por los Estatutos de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia hablan reiteradamente de "actos", con la intención expresa de referirse a los contratos, pues sería por lo menos peregrino el que Legislador (sic) previsoramente, se hubiera referido a los actos ilícitos, pues, como es elemental, en este evento, habría hablado de responsabilidad".

Para un mejor entendimiento del punto en discusión conviene transcribir los primeros párrafos de la parte considerativa de la providencia recurrida. El señor Consejero Sustanciador se expresó en los siguientes términos:

"En virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la ley 65 de 1967, fueron expedidos, entre otros, los decretos números 1050, 3130 y 3160, reorgánico de la administración pública, y según los cuales los Institutos y Empresas Oficiales, llamados también Entidades Descentralizadas, son de tres clases:

a) Establecimientos Públicos;

b) Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y

c) Sociedades de Economía Mixta.

"A los Establecimientos Públicos corresponden funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, y los actos administrativos que realicen están sujetos al procedimiento gubernativo contemplado en el Decreto número 2733 de 1959; los actos administrativos, hechos y operaciones que realicen estas entidades caen bajo la jurisdicción contencioso administrativa conforme al Decreto 528 de 1964.

"En cambio, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado. Y los actos y los hechos que realicen para el desarrollo de sus actividades industriales o comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado, y a la jurisdicción ordinaria según las normas de competencia sobre la materia. Los que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas, son actos administrativos.

"Respecto de los contratos, los que celebran los Establecimientos Públicos deben contener la cláusula de caducidad administrativa, y las controversias relativas a esta clase de contratos y a los que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad, conocerá la justicia ad-

ministrativa, y la ordinaria conocerá de las originadas en los demás contratos y en los de las Sociedades de Economía mixta.

"En síntesis, la justicia administrativa conoce:

"a) De los actos, hechos y operaciones de los Establecimientos Públicos (Decreto 528 de 1964);

"b) De los actos y hechos que realicen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en cumplimiento de funciones estrictamente administrativas;

"c) De las controversias relativas a contratos de los Establecimientos Públicos y a los de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad administrativa.

"La justicia ordinaria conoce, conforme a las normas de competencia correspondientes, de

"a) De los actos y hechos que realicen para el desarrollo de sus actividades industriales o comerciales las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta;

"b) De las controversias relativas a contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en que no se hubiere pactado la cláusula de caducidad administrativa y a los de las Sociedades de Economía Mixta".

Ahora bien; al expedirse el Decreto 3129 de 1954 se creó, como un Establecimiento Público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, la Entidad denominada FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Los actos, hechos u omisiones de dicha Entidad estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. En otras palabras, esta jurisdicción era la competente para conocer de las demandas que tuvieran su origen en aquellos actos, hechos u omisiones, así como de las controversías relativas a contratos administrativos celebrados por la mencionada Entidad (Decreto 528 de 1964).

Posteriormente el Congreso por medio de la Ley 65 de 1967 invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para, entre otros fines los siguientes:

"Art. 1o...

"...

"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".

Así, entre otros, fueron dictados los Decretos 1050, 3130 y 3160 de 1968; posteriormente, se dictó el Decreto 1242 de 1970, disposiciones éstas que serán comentadas más adelante.

Considera la Sala de Decisión transcribir a continuación unos apartes del fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de Junio de 1970. En aquella ocasión se dijo:

"La distinción entre el régimen jurídico de los Establecimientos Públicos y el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado comenzó a hacerse en nuestra Legislación con el Decreto No. 1050 de 1968, cuya vigencia comenzó el 5 de Julio de dicho año. Esos organismos, cuyas características comunes y sustanciales son la personería jurídica, la autonomía administrativa y el patrimonio independiente aportado directa o indirectamente por el Estado, se distinguirán en adelante por el régimen de su actividad; de Derecho Público el de los Establecimientos, y de Derecho Común el de las Empresas. La distinción que ahora se hace destaca nítidamente la indistinción anterior, cuando la noción de Establecimiento era genérica y se aplicaba con un régimen indistinto a las entidades que por tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente surgían como nuevas Personas Públicas. De esta manera la novedad aportada por los Decretos 1050 y 3130 de 1968 es la de diversificar los procedimientos jurídicos y el de establecer el nombre genérico de "Entidades Descentralizadas" para comprender a las que con anterioridad podían llamarse "Establecimientos Públicos", sin contrariar con ello ordenamiento ninguno y ni siquiera los conceptos más generales de la jurisprudencia y la doctrina. En todo caso, el hecho de que se haya venido a distinguir ahora entre Establecimientos y Empresas, y que el criterio de distinción sea el Derecho conforme al cual deben adelantar sus actividades, indica que antes ese criterio no regía y que por eso se determinó estatuírlo.

"Al expedirse el Decreto Ley No. 3129 de 1954, por el cual con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio se constituyó una entidad bajo el nombre de "Ferrocarriles Nacionales de Colombia", se creó un Establecimiento Público, viniendo así lo que había sufrido varias metamorfosis a ser definitivamente una Persona Pública, que por ser tal no podía escapar al régimen del Derecho Público. Esa Persona se creó para prestar un Servicio Público como es el de transporte, según lo establecido por el Decreto 753 de 1956, Decreto éste que a la vez definió el Servicio Público así: 'Toda actividad organizada, tendiente a satisfacer

una necesidad de interés general, en forma regular y continua, bajo un régimen jurídico especial, ya sea que se realice por el Estado directamente o por personas privadas'. Los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a cuyo patrimonio ingresó después el Ferrocarril de Antioquia, fueron, pues, por la Persona, por el Servicio que ésta debía prestar, y por el bien de dominio público destinado a dicho Servicio, una auténtica Persona Pública. Esa entidad quedó sujeta a la tutela administrativa del Gobierno ejercida por medio del Ministerio de Obras Públicas, y a la tutela fiscal encargada a la Contraloría General de la República.

"El 1o. de Enero de 1960 comenzó a regir la Ley 151 de 1959, de cuyas disposiciones se advierte que su espíritu fue el de poner algunos correctivos al acentuado movimiento centrífugo de que se acusaba a las Entidades Descentralizadas. Esa Ley en el artículo primero definió o recordó que las Empresas y Establecimientos Públicos descentralizados, cualquiera sea la forma de administración adoptada, son parte de la Administración Pública y que sus bienes y rentas son desmembración del patrimonio público. La definición, teóricamente redundante, no podía carecer de consecuencias prácticas como es la de que lo que fuera Administración Pública tuviera el régimen jurídico especial que es el régimen de Derecho Público. Bajo este régimen hay que considerar al Establecimiento denominado "Ferrocarriles Nacionales de Colombia" para juzgar de los sucesos de que da cuenta la demanda, sucesos acaecidos en 1967, cuando la Administración Pública era el género, cuando se identificaban con ella Empresas y Establecimientos Públicos, y cuando no existía el divorcio entre aquéllas y éstos, al menos en cuanto a procedimientos jurídicos que han venido a traer los Decretos 1050 y 3130 de 1968".

Ahora bien: como lo anota el fallo en parte atrás transcrito y lo recuerda además el auto recurrido, a partir de la vigencia de los Decretos 1050, 3130 de 1968 el régimen jurídico a que están sometidas las Empresas industriales y comerciales del Estado, cambió fundamentalmente cuando hizo la distinción entre éstas, las Sociedades de Economía mixta y los Establecimientos Públicos.

En efecto: dice el artículo 6o. del Decreto No. 1050 de 1968:

"*De las empresas industriales y comerciales del Estado.* Son 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 las siguientes características:

"a) Personería jurídica;

"b) Autonomía administrativa; y

"c) 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".

Por su parte el Decreto 3130 en su artículo 31, dispone:

"DE LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta 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. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

Además, el Decreto 3160 de 1968 reorgánico del Ministerio de Obras Públicas, adscribió como "Organismo vinculado" la empresa industrial y comercial del Estado denominada FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, cuyo objetivo y funciones están fijadas en el artículo 55 del mencionado Decreto y las describe el "MANUAL DE LA ORGANIZACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO" (Publicación de la Presidencia de la República), en los siguientes términos:

"OBJETIVO.

"Administrar, mantener, desarrollar, mejorar y explotar los servicios ferroviarios del Estado. Para alcanzar la integración de sus actividades podrá intervenir en todos los aspectos del transporte terrestre.

"FUNCIONES

"Ejecutar, mantener, administrar, desarrollar y mejorar los servicios ferroviarios en Colombia.

"Construir y mejorar las líneas, talleres y edificios de utilidad para la empresa.

"Ejecutar las operaciones financieras y técnicas que propendan al desarrollo y mejoramiento de los servicios prestados por el organismo.

"Estudiar y planear la creación de oficinas y dependencias que sean necesarias".

No sobra agregar, por otra parte, que el Decreto 1242 de 1970 por medio del cual se aprobaron los Estatutos de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, dice en su artículo 24: "los actos que la empresa realice 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", y según el artículo 26 del mismo Decreto "de acuerdo con lo prescrito en el Decreto No. 528 de 1964 y demás normas pertinentes, de las controversias relativas a los contratos en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad conocerá la justicia administrativa, y de las originadas en los demás contratos, la ordinaria".

De las disposiciones transcritas se colige que los actos y hechos que los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA realicen "para el cumplimiento de sus funciones" como son, entre otras, el transporte de carga y pasajeros fueron atribuídos por las normas citadas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Debe agregarse, por cuanto esta disposición viene a corroborar lo dicho hasta ahora, que el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968 está concebido en los siguientes términos:

"DE LOS CONTRATOS DE LAS EMPRESAS Y DE LAS SOCIEDADES.

Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición 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 las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas".

No hace, pues, obligatoria la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos (cuando se trata de Empresas Industriales y Comerciales del Estado), al contrario de lo que dispone el artículo 32 *ibídem* cuando se refiere a los Establecimientos Públicos.

Por las anteriores consideraciones, la SALA DE DECISION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –SECCION TERCERA– DEL CONSEJO DE ESTADO

CONFIRMA:

El AUTO suplicado de que se ha hecho mérito al principio de esta providencia.

REVALIDESE EL PAPEL COMUN EMPLEADO EN LA ACTUACION.

COPIESE, NOTIFIQUESE y por la Secretaría devuélvase el expediente al H. Consejero Sustanciador, para lo que de su cargo.

Carlos Portocarrero M. *Osvaldo Abello Noguera*

Gabriel Rojas Arbeláez

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

TITULO V

Juicios Electorales

ELECTORALES

FONDOS GANADEROS. De conformidad con la Ley 26 de 1959 y el Decreto reglamentario 469 de 1960, no cabe duda alguna de que ellos son siempre y forzosamente sociedades de economía mixta, porque su capital se forma con aportes oficiales y de particulares, sin olvidar que estos últimos pueden provenir de la inversión sustitutiva del pago de un impuesto. Los Gerentes de las sociedades de economía mixta del orden departamental son agentes de los respectivos Gobernadores según el Ord. 6o. del Art. 194 de la Constitución Nacional y de conformidad con el Ord. 2o. del Art. mencionado es a estos últimos funcionarios a quienes corresponde nombrarlos.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Bogotá, D.E., julio seis de
mil novecientos setenta y uno.

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

El doctor Jorge Alberto Matus, en ejercicio de la acción electoral, demandó del Tribunal Administrativo del Meta que declarara nulo el Decreto 342 de 1969, expedido por el Gobernador de ese Departamento para aceptarle la renuncia del cargo de Gerente del Fondo Ganadero del Meta S.A. al doctor Alvaro Sabogal Santos y nombrar, en su reemplazo, al señor Jaime Fajardo.

Afirma la demanda que el Decreto acusado es violatorio de los artículos 12, 32, 44, numeral 10 (sic), 120, numeral 5o., 187, numeral 6o. y 194, numerales 2o. y 6o de la Constitución, 5o. de la Reforma Constitucional Plebiscitada de 1957, 2079, 1602, 25, 27, 28, 31 y 32 del Código Civil, 465, 550, 571, 582, y 586 del Código de Comercio, 1o. de la Ley 42 de 1898, 1o., 2o., 7o., 9o , 108 22, 123, 248 y 250 del Decreto 2521 de 1950, 1o. de la Ley (sic) de 1959, 3o del Decreto 469, 8o. del Decreto 1050 y 3o. del Decreto 3130, todos ellos de 1968.

Con el propósito de demostrar los quebrantos de ley que le imputa al Decreto, hace el libelo muy prolijas argumentaciones que pueden resumirse en la tesis de que el Fondo Ganadero del Meta es una entidad jurídica organizada dentro del sistema general ordinario establecido para la formación de sociedades por los Códigos Civil y de Comercio, que se rige primordialmente, por sus propios estatutos, los cuales prevén que el Gerente sea designado por la Junta Directiva, sin que la circunstancia de que el Departamento del Meta sea accionista minoritario pueda darle el carácter de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, cuyo régimen fue el que precisamente quiso aplicarle en forma equivocada e ilegal el Gobernador al creerse con la facultad de nombrar aquel Gerente, sin que ni la Constitución ni las leyes lo autoricen para hacerlo.

El Tribunal, en fallo del 21 de mayo de 1970, accedió a declarar la nulidad impetrada por encontrar legalmente conducentes las argumentaciones del actor.

Apeló entonces el doctor Manuel del Río Angel, Fiscal 1o. del Tribunal Superior de Villavicencio, quien actuó como Agente del Ministerio Público en el juicio. Así llegó éste al conocimiento de la Sección Segunda de esta Sala que, luego de tramitarlo hasta quedar en firme el auto de citación para sentencia, vino a encontrar el 24 de mayo pasado que la competencia para dirimirlo es de la Sala plena, lo que es verdad conforme a la ley.

El doctor del Río alegó ante el Consejo para solicitar la revocatoria del fallo recurrido y sostuvo que, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 112 de 1955, la Ley 26 de 1959 y su Decreto Reglamentario, los Fondos Ganaderos Departamentales son sociedades de economía mixta por cuanto en ellos es forzoso el aporte oficial, circunstancia que conduce inexorablemente a que los Gerentes o Directores de los Fondos sean agentes del respectivo Gobernador, según lo prevé el artículo 194, ordinal 6o., de la Constitución y a que, por lo tanto, el nombramiento o remoción de esos Gerentes o Directores corresponda al Gobernador, conforme lo estatuye el ordinal 2o. del mismo artículo 194.

Por su parte, la doctora Aydee Anzola Linares, Fiscal 4o. del Consejo, estuvo de acuerdo con los razonamientos hechos en el fallo apelado y pidió su confirmación.

Estos son los antecedentes del juicio que ahora corresponde dirimir a la Sala, previas las consideraciones que se van a expresar:

Ante todo conviene esclarecer cuál es la naturaleza jurídica institucional de los Fondos Ganaderos Departamentales conforme a los preceptos que regulan su organización y funcionamiento, es decir si son compañías de índole privada que se rigen fundamentalmente por lo dispuesto en sus propios estatutos, convenidos por los mismos socios en desarrollo de las normas que reconocen validez a las estipulaciones contractuales acordadas libremente por los celebrantes, como lo aseveran el actor, el fallo recurrido y el Fiscal del Consejo, o si, al contrario, los Fondos son entidades sujetas a un estatuto especial que les infunde siempre el carácter de sociedades de economía mixta, como lo sostiene el apelante.

A partir de la vigencia de la Ley 26 de 1959 y del Decreto Reglamentario 469 de 1960, quedó establecido en forma precisa y específica el régimen de los Fondos Ganaderos, esbozado antes por el Decreto Legislativo 112 de 1955 y otros preceptos de la llamada legislación de emergencia.

El aludido régimen estatuye que los Fondos Ganaderos deben constituírse como sociedades anónimas sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que debe expedirles resolución de autorización para funcionar, como a los bancos. Su objeto no puede ser distinto del que les señala la Ley 26, hasta el punto de que el artículo 1o. del Decreto 469 sólo reconoce como Fondos Ganaderos a las entidades que se organicen o ajusten sus reglamentos a los dictados de esa Ley y prohibe que cualesquiera otras instituciones con finalidades no previstas en ella usen el nombre de Fondos Ganaderos.

Y en lo que atañe a la estructura patrimonial de los Fondos, la Ley prevé que tengan dividido el capital en dos especies de acciones: las de la Clase A, para ser suscritas y pagadas por la Nación, los Departamentos u otras entidades oficiales y cuya cuota de utilidades necesariamente ha de reinvertirse en acciones del Fondo; y las de la Clase B, que suscriben y pagan los particulares. ya en forma voluntaria o como inversión sustitutiva del impuesto especial a la ganadería, creado por el Decreto Legislativo 2385 de 1955 y modificado posteriormente en varias ocasiones; esta clase de acciones que debe estar representada en títulos nominativos, da derecho a recibir dividendos y es negociable libremente.

De acuerdo con este régimen, cuya adopción es legalmente obligatoria para los Fondos Ganaderos, inclusive para los establecidos antes de regir la Ley 26 de 1959, conforme a su artículo 46, no cabe duda alguna de que ellos son siempre y forzosamente sociedades de economía mixta, porque su capital, se forma con aportes oficiales y de particulares, sin olvidar que estos últimos pueden provenir de la inversión sustitutiva del pago de un impuesto.

Ello acontece también concretamente con el Fondo Ganadero del Meta S.A., que desde el momento de su formación recibió aporte de la antigua Intendencia de ese nombre, que hoy es un Departamento. Y no varía aquella calificación por la circunstancia de que el aporte departamental sea minoritario, desde luego que la nota característica de las sociedades de economía mixta es la conjunción del capital privado y el oficial para el desarrollo de una empresa común, sea cual fuere la proporción que existe entre las dos clases de aportes.

Bien claro se ve pues que dicho fondo es una sociedad de economía mixta y del orden departamental. Corresponde ahora determinar hasta donde llegan los poderes del Gobernador en lo que atañe a este género de empresas.

Al respecto, el artículo 194, ordinal 6o. de la Constitución expresa:

Son atribuciones del Gobernador. . .

6. "Coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden departamental.

Los representantes del Departamento en las Juntas Directivas de tales organismos y los Directores o Gerentes de los mismos, son agentes del Gobernador, con excepción de los representantes designados por las Asambleas;"

Y el ordinal 2o. del mismo artículo agrega:

Son atribuciones del Gobernador. . .

2. "Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de estos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración";

El propio tenor literal de los textos transcritos indica sin esfuerzo alguno que como el Fondo Ganadero del Meta S.A. es una sociedad de economía mixta, su Gerente es un agente del Gobernador de ese Departamento y, por lo mismo, a este último funcionario corresponde nombrar a dicho empleado, tal como lo hizo en el Decreto materia de la impugnación en este caso.

Y no es óbice para ello que los estatutos del Fondo contengan provisión distinta, ya que nadie ignora que los preceptos constitucionales tienen efecto general inmediato, que son reformatorios o derogatorios de la legislación preexistente y que contra ellos no puede hacerse valer la existencia de derechos adquiridos de ninguna índole.

Si la misma Constitución les otorgó a los Gobernadores la prerrogativa que se deja examinada, mal pueden impugnarse las actuaciones de ellos que hubieran contrariando disposiciones que perdieron vigencia por obra de una reforma constitucional, pues el imperio de esa reforma es inmediata y borra cualquier huella de un régimen antiguo.

Los razonamientos anteriores imponen pues revocar el fallo recurrido y no acceder, en cambio, a lo impetrado en el libelo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia recurrida y, en su lugar, no se accede a lo pedido en este juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase,

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida por la Sala Plena en las sesiones del 15 y el 30 de junio de mil novecientos setenta y uno y aprobada finalmente en la segunda de ellas.

Alfonso Arango Henao

Osvaldo Abello Noguera

Alfonso Castilla Saiz
(Con salvamento de voto)

Hernando Gómez Mejía

Lucrecio Jaramillo Vélez

Eduardo Aguilar Vélez

Carlos Portocarrero Mutis
(con salvamento de voto)

Juan Hernández Sáenz

Nemesio Camacho R.

Jorge Dávila Hernández

Miguel Lleras Pizarro
(Con salvamento de voto)

Humberto Mora Osejo

Alvaro Orejuela Gómez

Gabriel Rojas Arbeláez

Gustavo Salazar T.

Rafael Tafur Herrán
(con salvamento de voto)

Hernando Franco Rojas
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO:

Respetando la opinión en contrario de mis distinguidos colegas de la mayoría, estimo que ni aún en razón de haberse expedido un texto constitucional (artículo 194 de la Carta) que califica como agentes de los Gobernadores a los Gerentes o Directores de las Sociedades de Economía Mixta del orden Departamental, es posible darles igual tratamiento a todas las entidades de esta clase sin lugar a distinción. Sociedades de Economía Mixta las hay de diferentes tipos según la cuantía del aporte oficial, desde las que son propiamente empresas oficiales por ese aporte del 90o/o o más (artículo 3o. Decreto 3130 de 1968) hasta las que se rigen en un todo por el derecho privado por ser menor del 50o/o la participación oficial. En las del primer tipo no habrá mayor dificultad para aceptar el cumplimiento automático del texto constitucional. No así en las del segundo, máxime si, como en el caso del Fondo Ganadero del Meta S.A. a la circunstancia de ser minoritario el aporte Departamental se agrega el hecho de tratarse de una entidad existente con anterioridad a la reforma constitucional de 1968. Creo menester que se haga una interpretación de aquel texto de acuerdo con las realidades anotadas, la que en ningún caso llevaría o llevará a darle aplicación al precepto respecto de entidades como el Fondo Ganadero del Meta. Una entidad de derecho privado no puede modificar en su organización y funcionamiento por la sola virtud de un mandato superior, así sea este de carácter constitucional.

Fecha ut supra.

Rafael Tafur Herrán

SALVAMENTO DE VOTO

Ref.: Radicación y número 1834. Juicio electoral sobre nombramiento de gerente del Fondo Ganadero del Meta S.A. hecho por decreto del gobernador número 342 de 6 de Noviembre de 1969.

El Fondo Ganadero del Meta fue fundado como sociedad anónima sujeta a los preceptos legales relativos a esta clase de institutos, en el año de 1955. Sus socios fueron la entonces Intendencia del Meta y varios ciudadanos con aportes propios. Sus estatutos han sido modificados en 1960 y en 1963 con el fin principal de aumentar el capital autorizado.

Con posterioridad a su fundación se promulgó la ley 26 de 1959 en cuyo artículo 1o. se ordena:

> "Para los efectos de esta ley se consideran fondos ganaderos las sociedades organizadas o que se organicen con participación del Estado o de los departamentos, municipios o territorios nacionales para fomentar y mejorar la industria ganadera. Para tener derecho a los beneficios que otorga la presente ley, *los fondos ganaderos deberán estar constituídos como sociedades anónimas sujetas a la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria y ajustar sus estatutos y funcionamiento a las normas prescritas por los artículos siguientes*".

En la misma ley se estableció con cargo a los ganaderos impuesto equivalente al 1o/o de aquella parte de su patrimonio que estuviere invertido en ganado mayor o menor pero se aceptó la exoneración de ese tributo si suma equivalente era invertida en acciones del Banco Ganadero o de los fondos ganaderos. Este impuesto y su opción sustitutiva rigió hasta el 31 de Diciembre de 1970.

A partir de la vigencia de la ley de 1959 los fondos ganaderos han estado sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y se han constituído y funcionado como lo ordena la misma ley, o sea en forma de sociedades anónimas con participación de entidades oficiales y de personas privadas.

El artículo 187 de la actual compilación constitucional estatuye que corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, crear, a iniciativa del gobernador, los establecimeintos públicos, sociedades de economía mixta y empresas indústriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley. Todavía no se ha expedido ley que contenga las normas a que deben sujetarse las Asambleas para ejercer esta nueva facultad constitucional.

Sobre empresas de economía mixta *del orden nacional* el artículo 8o. del decreto ley número 1.050 de 1968 determina que son organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales, con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollen 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.

Los fondos ganaderos y, desde luego, el del Departamento del Meta, funcionan con subordinación a lo estatuído en la ley 26 de 1959 y continúan bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria lo que significa que estas entidades aunque hayan sido creadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1968, a ella se ajustan porque han sido fundadas y están funcionanando en cumplimiento de la única ley especial que existe sobre la materia. No hay incompatibilidad entre los preceptos de la mencionada ley y los del artículo 187 de la actual constitución, sino al contrario, se adaptan lógicamente unos a otros lo que induce a considerar que la reforma de 1968 no derogó ni subrogó la legislación anterior sobre fondos ganaderos. Simplemente, la confirmó.

Cabe observar que el único estatuto existente sobre sociedades de economía mixta que se adoptó para las del orden nacional y que es el decreto 3130 de 1968 establece en su artículo 3o. que éstas sólo se someten al régimen previsto para las sociedades industriales y comerciales oficiales o públicas, cuando el Estado sea dueño del 90o/o por lo menos de su capital. El Fondo Ganadero del Meta tiene participación minoritaria del Departamento de poco más del 30o/o.

Si hubieran de aplicarse por analogía los principios de la legislación nacional el gerente del fondo ganadero del Meta debe ser nombrado según lo establece su estatuto o sea por su Junta Directiva y, en todo caso, no puede considerarse como agente del gobernador. Después de la reforma constitucional de 1968 no se ha expedido ley que desarrolle el artículo 187 en armonía con el 194, por virtud de la cual estas sociedades de economía mixta deben variar su organización estatutaria y como la citada ley anterior, de 1959, no contradice los nuevos preceptos, el modo de elección de los gerentes sigue vigente por no contrariar aquella ley ni ésta los mandatos constitucionales. Este principio acogido en la legislación del orden nacional guarda coherencia con las necesidades sociales porque sería ilusorio suponer que los particulares estuvieran dispuestos a participar en los riesgos de sociedades en las que el Estado, siendo socio minoritario, tuviera el poder de controlar la administración del capital que pertenece a los particulares. Esta

doctrina no se desvirtúa ni en el caso de que la participación de los particulares, como accionistas, sea autorizada por la ley, como sustitutiva de un impuesto.

Conviene agregar que aunque la Constitución es derogatoria de la legislación anterior que la contradiga no lo es de los contratos celebrados conforme al derecho privado o al derecho público. En el caso de que la Constitución resultara derogatoria de legislación precedente según la cual se hubiesen celebrado los contratos, la consecuencia no sería la invalidez instantánea de dichos convenios sino la necesidad de acomodarlos a la nueva legislación o de disolverlos si fuere imposible el acomodamiento. En el caso de sociedades y con mayor razón de las que están sometidas a la vigilancia del Estado, si los socios que estuvieran obligados a hacerlo por virtud del nuevo precepto constitucional, no toman la inicitiva de modificar sus estatutos o de disolver las sociedades, el gobierno debe promover las acciones indispensables para que el funcionamiento de estas personas jurídicas se acomode al nuevo régimen constitucional. La sociedad no puede darse por disuelta o modificada sin el consentimiento de los socios quienes pueden obrar espontáneamente o por oden del gobierno o por mandato judicial. La supuesta incompatibilidad de la legislación anterior con las nuevas normas constitucionales en cuanto se refiere a los fondos ganaderos tendría los mismos efectos de la nulidad pero nunca la de transformar las sociedades, *ipso jure*, sin intervención de sus dueños.

En resumen, en opinión de los disidentes, no existen las condiciones constitucionales ni las legales ni las administrativas ni las contractuales para que el fondo Ganadero del Meta S.A. pueda considerarse como sociedad de economía mixta de aquellas en que su gerente es agente del gobernador.

El punto de vista en que se fundamenta la doctrina de nuestro disentimiento está de acuerdo, según lo entendemos, con el sentimiento y las metas generales del país y con su tradición jurídica y práctica. Es decir que coincide con los intereses de la comunidad colombiana lo que nos hace recordar al profesor Huntington Cairns quien en su estudio sobre la comunidad como orden jurídico anota: "La tarea de la jurisprudencia en el campo de las realidades y de los valores es revelar en la forma más concreta posible los objetivos generales que sustenta cualquier comunidad, sentar el fundamento para preferir un proceder o curso de acción a otro cuando surjan las dificultades y la organización formal de dichos motivos. A pesar de los obstáculos que supone la empresa, la teoría jurídica ha de tener una idea adecuada de las finalidades y propósitos humanos a base de las necesidades de la comunidad, si quiere cumplir su cometido".

Aunque en este caso hemos interpretado la constitución conforme a las

directrices del más estricto formalismo no es impertinente advertir, con palabras del mismo profesor ya citado que "el derecho es arte que no puede reducirse a reglas fijas. Todos los artistas, cualesquiera que sean sus medios, ven con ese ojo interior, que vale más que diez mil ojos físicos, la idea que llamamos orden, composición sistema o ley. Ninguna obra de arte, lo mismo una ley que un cuadro, es otra cosa que un ejemplo de lo que el legislador, el pintor y el juez tienen que ver como intérprete. La flexibilidad que proporciona esta visión interior es tan esencial para el legislador como para el juez, el pintor y el artista. Pero estas percepciones no son sino orientaciones generales; cuando se formulan con palabras precisas nunca bastan para una situación concreta. Así, las normas éticas generales son las que señalan la resolución del caso. Pero el juez, con su saber, con su tino, con su experiencia y su intuición, *es quien tiene que adivinar la equidad del caso. Aunque su fallo sea de carácter jurídico, es también moral en función de las necesidades de la comunidad.*

Bogotá, D.E., julio cinco de
mil novecientos setenta y uno.

Carlos Portocarrero Mutis *Alfonso Castilla Saiz*

Miguel Lleras Pizarro

JUICIOS ELECTORALES

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *Quiénes, cómo y cuándo pueden intervenir en él.* **Prescribe el Art. 89 del C.C.A. que en las acciones de simple nulidad de un acto administrativo "cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda". En cambio, la misma norma dispone que en las demás acciones el derecho de intervención "solo se reconoce a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio". Este derecho de intervención puede ejercitarse en toda la extensión del proceso cuando quiera que la persona que desee hacerlo lo estime conveniente u oportuno en beneficio del imperio de la legalidad.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Bogotá, D.E., agosto veintitres de mil novecientos setenta y uno.

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

Ref: Expediente número 1859
Actor: Francisco Sefair López.

Por sentencia de 4 de mayo de 1971 el Tribunal Administrativo del Tolima declaró nula la elección hecha por el Concejo de Alpujarra en la

persona de la señora Luz Gómez viuda de Osorio para el cargo de secretaria de la misma corporación, por no haber obtenido los dos tercios de los votos de los asistentes.

Dentro de los dos días siguientes a la desfijación del edicto que sirvió para notificar a los interesados la sentencia, la señora de Osorio confirió poder al doctor Pablo E. Rodríguez Ruiz para que la representara en el citado juicio electoral y éste, dentro del mismo término, presentó un escrito en que pide se le tenga como impugnador de la acción e interpone apelación contra el fallo referido.

El Tribunal por auto de 17 de mayo de 1971, negó la concesión del recurso, fundándose en la siguiente consideración:

> "La poderdante del doctor Rodríguez Ruiz no hizo uso del derecho que le concede el artículo 89 del C.C.A., que dispone que en las acciones de nulidad y en las de plena jurisdicción, cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda; así en esta forma a ella no se le puede considerar como parte y por tanto no puede apelar por no haberse constituído en parte, durante el proceso que en el presente caso, ya finalizó con la sentencia objeto de la apelación".

En tiempo hábil el apoderado de la señora de Osorio ha ocurrido de hecho ante el Consejo de Estado a fin de que se conceda el recurso negado por el Tribunal.

Para resolver, la Sala considera:

Prescribe el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo que en las acciones de simple nulidad de un acto administrativo "cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda". En cambio, la misma norma dispone que en las demás acciones el derecho de intervención "sólo se reconoce a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio".

Bien claro aparece así que en el contencioso de nulidad todo el que quiera intervenir en el proceso le basta manifestar al juez del conocimiento su voluntad de coadyuvancia o de impugnación de la acción ejercitada.

Pero en qué momento puede ejercitarse ese derecho? La ley no lo ha limitado a determinada etapa, grado o momento, por lo que puede hacerse en toda la extensión del proceso, cuando quiera que la persona que desee hacerlo lo estime conveniente u oportuno en beneficio del imperio de la legalidad.

Esta solución resulta acertada si se recuerda que la acción de nulidad está instituída en garantía del interés público y por lo mismo toda persona que tenga voluntad de intervenir en el proceso puede hacerlo en cualquier momento de su desarrollo, bien porque tenga razones que exponer diferentes de las del actor para demostrar la violación de normas superiores con el acto acusado o por que considere que éste se ajusta al ordenamiento jurídico y quiera demostrarlo y por lo mismo esa intervención puede resultar provechosa en cualquier estadio del proceso.

Además son válidas las siguientes razones en abono de la tesis expuesta:

a) La ley 25 de 1928 que sirvió de antecedente a la actual organización de lo contencioso administrativo establecía expresamente que la intervención de los terceros podía hacerse "en cualquier estado de la causa" (artículo 14), pero sin retrotraer los términos de ésta, advertencia que no se hace en el artículo 89 de la ley 167 de 1941, pero que no era necesaria en opinión del doctor Tulio Enrique Tascón (derecho contencioso administrativo colombiano, página 118).

b) En los juicios que tienen dos instancias siempre se ha admitido que el derecho estatuído en el artículo 89 puede ejercitarse en cualquiera de las dos. Pero es claro que para que el juicio reciba el trámite de la segunda alguien debe interponer en tiempo apelación contra el fallo del juez de primera instancia y ese alguien puede ser quien pudiendo intervenir en el proceso no lo ha hecho, pero sin que haya impedimento para que lo haga en la etapa de la ejecutoria de la sentencia de primer grado, pues de no hacerlo así podría suceder que el juicio terminase con la primera instancia y no tendrían los terceros oportunidad de intervenir en la segunda.

c) Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho a propósito del artículo 233 que reglamentaba la intervención de terceros en el proceso civil en el derogado código judicial que "en cuanto a la oportunidad para la admisión de una solicitud de coadyuvancia... de todas maneras en cualquier momento del juicio esa intervención es oportuna, pues el artículo que la autoriza no le pone límite" (auto de la sala de negocios generales de 22 de mayo de 1947). Y el nuevo Código de Procedimiento Civil prescribe que la intervención es procedente en cualquiera de las instancias desde la admisión de la demanda (artículo 52).

Si esa interpretación tiene cabida en el juicio civil, en el que se controvierten intereses particulares, con mucha mayor razón tiene aplicación en el proceso contencioso administrativo en que hay de por medio un interés más alto cual es la tutela jurídica del interés público aunque en ciertos casos pueda redundar en provecho particular.

d) Expositores extranjeros conocidos y respetables avalan la tesis expuesta. Hugo Alsina dice que los terceros pueden intervenir "cualquiera que sea la estación y la instancia en que se encuentre el proceso" (derecho procesal, tomo I página 601). Y Eduardo J. Couture, dice: "La intervención del tercero puede ocurrir en cualquier estado que tenga la causa, lo que significa que es muy posible que el tercero se constituya como parte dentro del término para apelar e inmediatamente interponga el recurso contra la sentencia dictada" (fundamentos del derecho procesal civil, página 365).

Como en el juicio a que se refiere el recurso de hecho materia de este auto se ejercita una acción de simple nulidad y la solicitud para impugnarla junto con la apelación se presentó dentro de los dos días siguientes a la desfijación del edicto que sirvió para notificar la sentencia de primera instancia y como además el municipio de Alpujarra tiene un presupuesto anual de rentas de más de trescientos mil pesos, era el caso de que el Tribunal hubiese concedido el recurso interpuesto (artículos 191 y 233 del Código Contencioso Administrativo).

Por lo expuesto, la Sala concede el recurso de apelación denegado por el Tribunal y dispone que éste envíe el expediente original.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia la aprobó la Sala en la sesión del día 17 de los corrientes.

Juan Hernández Sáenz
(con salvamento de voto)
Presidente

Alfonso Arango Henao
(con salvamento de voto)
Vicepresidente

Osvaldo Abello Noguera

Eduardo Aguilar Vélez

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Saiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gómez Mejía
(con salvamento de voto)

Lucrecio Jaramillo Vélez
(con salvamento de voto)

Miguel Lleras Pizarro

Humberto Mora Osejo
(con salvamento de voto)

Alvaro Orejuela Gómez

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

Gustavo Salazar T.

Rafael Tafur Herrán

Hernando Franco Rojas
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

De los Consejeros Doctores Alfonso Arango Henao, Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Lucrecio Jaramillo Vélez, y Humberto Mora Osejo en el auto que antecede.

Los procesos terminan normalmente cuando el Juez o el Tribunal del conocimiento pronuncian sentencia. Lo usual es que en el fallo se decida sobre las pretensiones del actor y sobre las réplicas del opositor, es decir, sobre los temas de hecho y de derecho planteados por las personas que intervinieron en el juicio, pues todos los demás integrantes del conglomerado social son extraños al debate judicial, aun en el evento de que se trate del ejercicio de acciones públicas de interés colectivo, como la electoral, y de que el fallo tenga efecto *erga omnes* en esta hipótesis.

De todos modos, al dictarse el fallo queda agotada la instancia y, por ende, la competencia del funcionario judicial que tuvo a su conocimiento el proceso.

No puede pues el funcionario revocar ni modificar su propia sentencia, sino apenas aclararla cuando exista justo motivo de duda en cuanto a los efectos o alcances de la decisión. No puede tampoco, en esas circunstancias, entrar a dirimir cuestiones accesorias o incidentales que han debido plantearse por las personas que intervinieron en el proceso o que aspiraran a intervenir en él, desde luego que entonces ya está fenecida la instancia, según quedó visto.

Lo anterior queda corroborado por lo previsto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, cuyos dos incisos finales son muy claros en cuanto atañe a los efectos y alcances del auto de citación para sentencia en los juicios que regula. Dicen así:

> "Los traslados a las partes se surten en la secretaría, y evacuados que sean, o vencido el término para alegar, se cita para sentencia, una vez que el ministerio público haya devuelto el expediente.
>
> Proferido este último auto, no se admitirán alegaciones ni incidentes, y las pruebas que se recibieren no podrán ser tenidas en cuenta en la sentencia, pero serán agregadas al expediente para los efectos del artículo 138".

De otra parte, no requiere esfuerzo intelectual ninguno el esclarecer que los medios previstos por la ley para impugnar sentencias judiciales, como el recurso de apelación por ejemplo, sólo pueden ser utilizados por las personas que de antemano estuvieron vinculadas al proceso respectivo como actores,

coadyuvantes o impugnadores, o sea aquellas cuyas pretensiones fueron materia de calificación en el fallo respectivo, desde luego que no sería razonable suponer que aspiraciones o argumentos potenciales de terceros, extraños al debate judicial, fueron materia de pronunciamiento favorable o adverso por parte del sentenciador.

Tanto es así que, en el caso concreto del juicio electoral, ese principio fluye de la simple lectura de lo estatuido en el artículo 233, inciso 1o., del mismo Código Contencioso Administrativo, que expresa:

> "Hasta los dos días siguientes al en que quede notificada podrán las partes o el ministerio público pedir que la sentencia se aclare o intentar contra ella el recurso de apelación, si el negocio tuviere dos instancias".

No cabe duda entonces de que si un extraño al proceso intenta vincularse a él, después de dictada la sentencia y con el propósito de apelar contra ella, el intento resulta improcedente en absoluto, asi se crea inspirado en propósitos tan nobles y útiles socialmente como la defensa del orden jurídico o de la pureza electoral, desde luego que la intención tardía siempre se queda en el campo de las meras ilusiones y que el recurso de apelación tiene por finalidad, conforme a la ley, impugnar providencias judiciales sobre asuntos concretos, planteados por quienes intervienen en un proceso y no servir de marco a esperanzas o aspiraciones extemporáneas.

En nada altera o contradice la tesis anterior la circunstancia de que el artículo 89 del mismo Código permita que en las acciones de simple nulidad, como lo es la electoral, cualquier persona se vincule al juicio "para impugnar o coadyuvar la demanda", puesto que al proferirse el fallo, tanto los que actuaron en el juicio como los extraños a él conocen o pueden conocer la suerte adversa o próspera que tuvo la demanda. Pero sólo estarán habilitados para reclamar contra el fallo quienes obraron en el proceso, por las razones muy claras que acabaron de exponerse.

Caso distinto sería aquel en que, por iniciativa de persona vinculada al juicio, llega éste al conocimiento del superior a virtud de apelación. Porque entonces, ya en el plenario de segunda instancia, podría pensarse en la posible intervención de terceros, por mérito de lo que estatuye al aludido artículo 89 del Código.

Las reflexiones anteriores hacen patente que en el caso *sub judice* estuvo bien denegada la apelación, porque después de fallado el proceso promovido por Francisco Sefair López, la señora Luz Gómez viuda de Osorio intentó hacerse parte para interponer aquel recurso, gestión a todas luces inadmisible por provenir de un extraño cuya intervención en el juicio requería previo

reconocimiento, sin que el Tribunal pudiera hacerlo, porque le era menester la competencia perdida al agotar la instancia en el momento de dictar su fallo.

Como este no fue el parecer mayoritario de la Sala, dejamos expresadas así las razones de nuestra discrepancia.

Fecha ut supra.

Alfonso Arango Henao *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Lucrecio Jaramillo Vélez*

Humberto Mora Osejo

Hernando Franco Rojas
Secretario

JUICIOS ELECTORALES

ELECTORALES. Competencia de los Concejos Municipales para elegir Personero Delegado en lo Penal y Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular. Paridad Política, cuociente electoral y mayoría en las elecciones y nombramientos de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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

Consejero Ponente: **Dr. Alfonso Castilla Saiz.**

Ref. Exp. *No. 1829. Electoral. Actor: Julio César Briñez.* Ap. de la sentencia de 28 de abril de 1971, del Trib. Adm. del Tolima. Nul. de la elección de PERSONERO MUNICIPAL, PERSONERO DELEGADO EN LO PENAL, PERSONERO DELEGADO PARA EJIDOS y VIVIENDA POPULAR, JUEZ DE EJECUCIONES FISCALES, CONTRALOR Y TESORERO MUNICIPAL HECHA POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUE EL 6 DE DICIEMBRE DE 1970.

El abogado Julio César Briñez pidió al Tribunal Administrativo del Tolima declarar nula la elección hecha por el Concejo de Ibagué en las personas de A. García Castro, Mauro Huertas Rengifo e Israel Gómez para los cargos de Personero, Personero Delegado en lo Penal, Personero Delegado para Ejidos,

Juez de Ejecuciones Fiscales, Contralor y Tesorero Municipales respectivamente, para el periodo comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de Diciembre de 1971.

Como motivos de la acusación adujo los que en la elección no se respetó la paridad política, ya que de los seis elegidos cinco están afiliados al liberalismo y solo uno al conservatismo; y porque el Concejo no tiene facultad legal para elegir Personeros Delegados para Ejidos y en lo penal ni Juez de Ejecuciones Fiscales.

Citó como normas violadas los artículos 120 y 197, numeral 6o. de la Constitución Nacional, 169 numeral 3o. y 213 de la ley 4a. de 1913, 1o. de la ley 84 de 1915, 20 de la ley 41 de 1948, 202 del Código Contencioso Administrativo y Acuerdo número 15 de 1958 del Concejo de Ibagué.

Ante el Tribunal Administrativo del Tolima se constituyeron como parte impugnadora los mismos señores cuya elección había sido demandada, carácter que les fue reconocido por auto de fecha 29 de enero de 1971.

El Tribunal por sentencia de 28 de abril del presente año no accedió a declarar la nulidad solicitada. Por lo que hace al primer cargo consideró que la norma que establece la paridad política se refiere es a los empleos de la rama ejecutiva, ministros, gobernadores y alcaldes y demás empleados que dependen de éstos y que no están dentro de la carrera administrativa y porque según el artículo 50 del acto legislativo número 1 de 1968 la paridad en Asambleas y Concejos desapareció totalmente a partir de 1970.

En cuanto al segundo cargo, el Tribunal estima que la ley 41 de 1948 confirió la administración de los terrenos ejidos a los Concejos y autorizó a éstos para crear el empleo de personero delegado "es muy natural que le corresponda el nombramiento". Igual razonamiento hace respecto de los personeros delegados en lo penal, agregando que si el legislador no creyó necesario conferir de manera expresa su nombramiento a los cabildos fue sin duda por haberles dado el carácter de suplentes de los personeros "ya que a éstos los elige la entidad que nombra el principal".

Contra el fallo referido interpuso apelación el actor y concedida el negocio vino al Consejo de Estado para su conocimiento. El Fiscal Tercero doctor Bernardo Ortiz Amaya comparte el razonamiento del Tribunal para no acceder a la nulidad demandada y pide se confirme el fallo recurrido. Agotado el trámite de la segunda instancia procede la Sala a resolver el recurso.

SE CONSIDERA:

Dos son los cargos formulados en la demanda, uno de carácter general que comprende a las seis personas elegidas, consistente en una supuesta violación de la norma constitucional sobre paridad política respecto del nombramiento de ciertos empleados, y otro de carácter particular en cuanto al nombramiento para los empleos de Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular y de Personero Delegado en lo Penal, consistente en que el Concejo Municipal de Ibagué no tiene facultad constitucional ni legal para elegir a estos dos funcionarios. En cuanto al Juez de Ejecuciones Fiscales el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima y esta Corporación, ya se pronunciaron en el sentido de declarar la nulidad de tal nombramiento (Sentencia de 31 de julio de 1971. Exp. No. 1807). Se procede, pues, a examinar estos dos cargos.

En cuanto al primero, es evidente que no está llamado a prosperar, simplemente porque según el inciso 2o. del Parágrafo transitorio del artículo 172 de la Carta, "las elecciones para Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que se verifiquen a partir del 1o. de enero de 1970, y en las de Senado y Cámara de Representantes, a partir del 1o. de enero de 1974, 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". En consecuencia, es apenas lógico que aquel sistema no puede tenerse en cuenta para las elecciones o nombramientos que efectúen los Concejos ya que él dejó de existir en Asambleas y Concejos a partir de las elecciones que tuvieron lugar después del 1o. de enero de 1970. Por consiguiente, cuando las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales deban elegir un número plural de personas para cargos de idéntica naturaleza, tendrán que aplicar el sistema del cuociente electoral, y cuando se trate de elección singular, así se hagan muchas en la misma sesión, deberán aplicar la regla de la mayoría. De modo que la filiación política de los elegidos en el caso de autos no juega ningún papel y como, por otra parte, el número de votos que obtuvo cada uno de ellos, según el acta que se trajo al juicio, sobrepasa los dos tercios de los votos de los asistentes, la elección por este aspecto, no está viciada de nulidad.

En cuanto hace al cargo de incompetencia del Concejo de Ibagué para elegir las personas que deban desempeñar los cargos de Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular y de Personero Delegado en lo Penal, se tiene lo siguiente:

a) *Personero Delegado para Ejidos.*

Según el artículo 197, literal 6o., de la Constitución Nacional, es atribución de los Concejos "que ejercerán conforme a la ley", "elegir Personeros y Tesoreros Municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine". Entonces, aparte de estos dos funcionarios que corresponde elegir a los Concejos por disposición expresa de la Constitución, la facultad de hacer otros nombramientos, deberá atribuírsela precisamente la ley. Aplicando este principio al caso del Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular ocurre lo siguiente: el artículo 20 de la ley 41 de 1948 autorizó a ciertos municipios para crear este cargo, pero tal autorización tiene algunas implicaciones. En efecto, el artículo 2o. de la misma ley dice: "La administración de los terrenos ejidos, tanto urbanos como rurales, corresponde al Concejo Municipal del Distrito de su ubicación", y el artículo 21 *ibídem* es del tenor siguiente: "Son funciones del Personero Municipal Delegado para Ejidos y Vivienda Popular, las siguientes:

1. Representar al Municipio en todos los negocios relacionados con sus terrenos ejidos, fundación de barrios populares, construcción de casas para obreros y empleados, distribución de las mismas, etc.

2. Tramitar los expedientes sobre propuestas de compra de ejidos, practicando personalmente las pruebas exigidas para acreditar que se reunen los requisitos necesarios para poder ser comprador de ejidos y que el lote cumple también con las exigencias del artículo 5o. de esta ley.

3. Dictar la Resolución en que, previo análisis de las pruebas, resuelva lo que sea pertinente, accediendo, negando, ordenando la práctica de nuevas pruebas, etc.

4. Presentar al Concejo las minutas que contengan los contratos de venta de ejidos para que esa Corporación resuelva lo que sea legal.

5. Otorgar, a nombre del municipio, las escrituras que contengan los contratos de compraventa ya aprobados por el Concejo.

6. Dar en arrendamiento los lotes de terreno ejidos urbanos a las personas que los ocupen y que carezcan de medios para adquirirlos en propiedad. Estos contratos siempre se otorgarán por escrito, y la renta será fijada por el respectivo Concejo Municipal.

7. Practicar, ante los jueces competentes, las diligencias conducentes al avalúo y remate de los ejidos y hacer el nombramiento de los peritos. Los avisos de los remates se harán con veinte días minimum de anticipación y se publicarán por tres veces en un periódico escrito y en una radiodifusora local.

8. *Repres*entar al Municipio en las acciones y diligencias que instaure ante los jueces competentes para recuperar los ejidos. También lo representará ante el Tribunal en la segunda instancia.

9. Formar todos los documentos necesarios para la fundación de las cooperativas de producción agrícola y para obtener la autorización sobre funcionamiento de las mismas.

10. Las demás que les señalen al Personero Municipal sobre vivienda popular y ejidos, otras leyes.

11. Hacer las investigaciones tendientes a descubrir qué terrenos ejidos están ocupados por personas que carezcan de derecho para ello, y proceder a instaurar las acciones judiciales o administrativas correspondientes para lograr su desocupación y restitución al municipio".

Parece obvio, pues, que de la sola lectura de las disposiciones transcritas, puede concluirse que el Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular es un funcionario totalmente independiente y distinto del Personero Municipal, y ejerce, precisamente, funciones propias del Personero Municipal, pero nó como su delegado o subalterno sino como Personero Municipal para esta materia en su carácter de delegado del Concejo, lo que quiere decir, en sana lógica, que en las ciudades donde los Concejos Municipales hayan creado este cargo, habrá dos Personeros, lo cual no pugna con ninguna disposición constitucional, pues no hay que olvidar que las funciones de estos empleados como representantes del municipio y como agentes del Ministerio Público, las derivan de la ley y nó de la Constitución. Como ya se vió, los Concejos deberán ejercer sus atribuciones "conforme a la ley"; en este caso, precisamente la ley 41 de 1948. Lo que hizo pues, esta ley, fue sustraerle al Personero Municipal las funciones que como tal le correspondería ejercer por derecho propio como representante del municipio, asignándoselas a un empleado a quien le dio la misma denominación e idéntica categoría a la de aquél, pero totalmente independiente de él. En donde quiera que exista este empleado, el Personero Municipal no puede intervenir ni interceptar las funciones de aquel, señaladas en la ley, ya que en esta materia es autónomo como Delegado del Concejo. De lo anteriormente expuesto, se deduce que la facultad de los Concejos Municipales para elegir el Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular, la tienen, nó por autorización legal sino por mandato expreso de la Constitución. Por eso no era necesario que la ley 41 de 1948 les hubiera dado tal facultad, pues de los propios términos de la ley resultaba implícita la facultad constitucional que tienen para elegir Personeros y Tesoreros Municipales. Y como, por otra parte, la elección del señor Jaime Salazar Gómez para este empleo se hizo por mayoría de los dos tercios de los votos conforme al inciso segundo del Parágrafo transitorio del artículo

83 de la Constitución, desde luego que obtuvo 11 votos sobre 15 Concejales asistentes, resulta que su elección, bajo el régimen de la ley 41 de 1948, no estaría viciada de nulidad.

Ocurre, sin embargo, que este régimen fue modificado fundamentalmente por el Decreto Legislativo número 3101 de fecha 26 de noviembre de 1953, convertido en ley de carácter permanente por la ley 141 de 1961 en el sentido de adscribir a una Junta autónoma, con personería jurídica, denominada "Junta Administradora de los Ejidos Municipales", las mismas funciones que el artículo 21 de la ley 41 de 1948 le había dado al Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular, Junta que vino a reemplazar al citado Personero y de la cual, hacen parte el Alcalde, el Personero Municipal y tres vocales más.

En efecto, el artículo 1o. del Decreto 3101 dice: "Autorizase a los Alcaldes Municipales para crear donde fuere pertinente una Junta Autónoma que tendrá personería jurídica y a cuyo cargo estará todo lo relacionado con la disposición, administración y organización del patrimonio ejidal de cada Municipio", Y el 2o: "La Junta de que trata el artículo anterior, se denominará "Junta Administradora de los Ejidos Municipales", y estará integrada por el Alcalde y el Personero de cada Municipio y por tres miembros más nombrados por el primero, de acuerdo con el Gobernador del respectivo Departamento". Entre las funciones atribuidas a estas Juntas por el citado Decreto, se le señalaron, las de "Ejercer las funciones de que trata el artículo 21 de la ley 41 de 1948, en cuanto éstas no sean incompatibles con lo dispuesto en el presente decreto". Además, se le adscribieron todas las funciones que hacen de ellas unas administradoras con las más amplias facultades, no solo administrativas, sino dispositivas.

Por consiguiente, el Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular tal como lo había previsto la ley 41 de 1948, dejó de existir como Personero autónomo e independiente del Personero Municipal. Entonces el Personero que forma parte de la Junta de que trata el Decreto Legislativo No. 3101 de 1953, es el propio Personero Municipal, personalmente, o por medio de un delegado suyo, es decir, por un subalterno de la Personería. En estas condiciones, el Personero para Ejidos, donde quiera que exista, es un delegado del Personero Municipal y como tal es a este funcionario a quien corresponde nombrarlo de conformidad con el artículo 4o. de la ley 89 de 1936, según el cual "Los funcionarios designados por los Concejos pueden nombrar y remover libremente a sus empleados subalternos".

Para el mejor entendimiento de este Decreto, hay que observar que cuando se dictó no funcionaban los Concejos Municipales y así se expresa en la parte motiva cuando dice: "Que por Decreto 3520 de 9 de noviembre del

mismo año, se suspendió el funcionamiento de los Cabildos". Estando vigente este Decreto 3101, como ley permanente, es claro que los Personeros Delegados para Ejidos, donde existan, no pueden ejercer las funciones que les había señalado la ley 41 de 1948, lo que quiere decir que en ningún municipio pueden coexistir, con las mismas atribuciones, un "Personero para Ejidos" y una "Junta Administradora de los Ejidos Municipales", siendo de advertir que hoy la creación de estas Juntas está a cargo de los Concejos Municipales, conforme a los artículos 169 del Código de Régimen Político y Municipal y 61 y 62 del Acto Legislativo No. 1 de 1968. (Arts. 196 y 197 de la Constitución Nacional). En consecuencia, la elección hecha por el Concejo Municipal de Ibagué en la persona del señor Jaime Salazar Gómez, es nula, y así habrá de declararse.

b) *Personeros Delegados en lo Penal.*

La creación de este empleo fue autorizada también por la ley 41 de 1948, artículo 25, pero a diferencia de lo que dispuso respecto del Personero para Ejidos y Vivienda Popular, no le asignó funciones específicas, en forma autónoma, sustrayéndoselas del Personero Municipal y que éste tiene adscritas por ley como Agente del Ministerio Público en el ramo penal. Además, en ninguna parte esta ley atribuyó a los Concejos Municipales la facultad de nombrarlos.

Por otra parte, el artículo 4o. de la ley 115 de 1948 autorizó a los Personeros Municipales de los distritos comprendidos en la ley 89 de 1936, entre ellos los de capital de departamento, para "hacer uso de las atribuciones especiales conferidas al Personero Municipal de Bogotá en los artículos 2o. y 3o. de la Ley 19 de 1937" relativas a la facultad de delegar en empleados de su dependencia las funciones que les corresponden en materia civil, administrativa y penal; este criterio se reitera, en relación con el Distrito Especial de Bogotá, en los artículos 1o. del Decreto No. 276, y 40, ordinal 11, del Decreto Ley No. 3133 de 1968. Y por último, el nuevo Código de Procedimiento Penal, Decreto No. 409 de 1971, que entró en vigencia el 1o. de Julio de 1971, dispone en su artículo 101 lo siguiente, respecto del Ministerio Público en el ramo penal: "Artículo 101. *Quiénes lo ejercen en materia penal.* El Ministerio Público en la Rama Penal se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los Procuradores de Distrito, por los agentes especiales que designe el Procurador General de la Nación, por los fiscales de los juzgados superiores y de los juzgados de circuito, por los delegados de los fiscales de circuito por los personeros municipales. La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales. Los personeros Municipales de cabecera de Circuito continuarán ejerciendo las funciones del Ministerio Público ante los juzgados de circuito de su respectiva sede, en la forma en que lo

hacen según las disposiciones vigentes, hasta cuando la asuman los fiscales de circuito, momento a partir del cual actuarán bajo la dirección de éstos, y como delegados suyos". Es decir, los personeros, delegados en lo penal, mientras se nombran los fiscales de circuito, continuarán ejerciendo ante los jueces de circuito penal y también ante los jueces municipales las funciones de agentes del Ministerio Público, precisamente, como delegados del personero municipal. En consecuencia, estos personeros delegados en lo penal, donde existan, como los delegados para ejidos y vivienda popular, creados por los concejos municipales, son subalternos o dependientes del personero municipal, encargados de desempeñar, por delegación, determinadas funciones de las adscritas a éste, y como subalternos suyos, su nombramiento le corresponde al propio personero municipal conforme al mismo artículo 4o. de la ley 89 de 1936 que dice: "Los funcionarios designados por los Concejos pueden nombrar y remover libremente sus empleados subalternos".

El hecho de que el artículo 25 de la ley 41 de 1948, que autorizó la creación de personeros delegados en lo penal, hubiera agregado la frase "quienes podrán ser los suplentes del personero municipal", no quiere decir que sean los personeros suplentes propiamente dichos a que se refiere el artículo 232 del Código de Régimen Político y Municipal que deben elegir los Concejos Municipales, pues la ley 41 no creó ese cargo, que ya estaba previsto en el artículo 232 citado, sino que dijo simplemente "podrán ser los suplentes", que es cosa bien distinta. Obsérvese que el acuerdo impugnado no nombró al señor Aníbal Restrepo Suárez "suplente del personero municipal", sino "personero delegado en lo penal", que es el nombramiento acusado.

Este es un caso similar al de los delegados del Procurador General de la Nación, a quien elige la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República. También la ley 83 de 1936, orgánica de la Procuraduría General de la Nación, le dio a uno de sus delegados, la categoría de Procurador Suplente, para reemplazar al Procurador en sus faltas temporales y, sin embargo, este Procurador Delegado para el ramo civil no lo nombra la Cámara de Representantes en la misma forma en que se elige al Procurador General, sino que éste lo nombra libremente. En efecto, el artículo 10 de dicha ley dice: "El Procurador Delegado en lo Civil reemplazará al Procurador General en caso de falta temporal". Y el último Decreto orgánico de la Procuraduría General de la Nación, distinguido con el número 521 de 1971, en su artículo 11, también le asigna al Procurador Delegado en lo Civil esta calidad. En efecto, tal norma dice: "De acuerdo con la ley, el Procurador Delegado en lo Civil reemplazará al Procurador General en casos de falta temporal de éste". Todo lo anterior lleva a la conclusión de que la frase del artículo 25 de la ley 41 de 1948, muy similar a las disposiciones transcritas, no quiere decir que no se trata de la persona a que se refiere el artículo 232

del C. de R.P. y M. citado atrás. En el estado actual de la legislación, si un Personero Municipal falta absoluta o temporalmente, antes de terminar su periodo, el Concejo Municipal puede nombrar libremente a quien quiera para terminar el periodo, así exista en el municipio Personero Delegado en lo penal.

En consecuencia, la elección del señor Aníbal Restrepo Garcés hecha por el Concejo Municipal de Ibagué para el cargo de Personero Delegado en lo penal, es nula, y así habrá de declararse.

El demandante pidió también que se declare que los empleados que dejaron los cargos por razón de la elección hecha por el Concejo de Ibagué "tienen derecho a sus emolumentos hasta cuando se les reemplace legalmente".

SE CONSIDERA:

Como en el presente juicio la acción ejercitada es la consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que tienen como finalidad el mantenimiento de la legalidad, la decisión no puede ser otra que la anulación o la negativa de ésta respecto del acto acusado.

Lo pedido en este punto por el actor sólo podían haberlo hecho las personas lesionadas con la elección impugnada, como lo manda el artículo 67 de la misma obra, esto es, proponiendo la acción contencioso subjetiva o de plena jurisdicción, cosa que no ha ocurrido, ya que el demandante dijo obrar en su propio nombre.

En mérito de lo expuesto el CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, oído el concepto de su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase parcialmente el fallo del 28 de abril del presente año proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en el presente juicio y en su lugar se declara nula la elección hecha por el Concejo Municipal de Ibagué en la sesión del viernes 4 de diciembre de 1970 en las personas de Aníbal Restrepo Garcés y Jaime Salazar Gómez para desempeñar los cargos de Personero Delegado en lo Penal y Personero Delegado Para Ejidos y Vivienda Urbana, respectivamente. En todo lo demás se confirma el fallo apelado.

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en la sesión verificada el 7 de septiembre de 1971.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Hernández Sáenz
Presidente

Alfonso Arango Henao
Vicepresidente

Osvaldo Abello Noguera
(Con salvamento de voto)

Eduardo Aguilar Vélez

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Saiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gomez Mejía

Lucrecio Jaramillo Vélez

Miguel Lleras Pizarro

Humberto Mora Osejo
(Con salvamento de voto)

Alvaro Orejuela Gómez

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez
(Con salvamento de voto)

Gustavo Salazar Tapiero

Rafael Tafur Herrán

Hernando Franco Rojas
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

REF. Expediente No. 1829. Actor: Julio César Briñez.

SENTIDO DEL MUNICIPIO

No obstante lo que el Municipio representa como cifra institucional y como cifra sociológica, hay una acentuada tendencia a debilitarlo y aún a aniquilarlo. Esa tendencia no es de ahora, pero mostró la fuerza y las alturas que ha alcanzado, cuando entre los proyectos de Reforma Constitucional que el Gobierno presentó en 1967, estaba el de no dejar a iniciativa de los Concejos, sino a la de los Alcaldes, el determinar lo siguiente: la estructura de la Administración Municipal, las funciones de las diferentes dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, el régimen de prestaciones sociales, los acuerdos sobre inversiones y participaciones de fondos municipales, los que dispusieren cesión de bienes o rentas del Municipio, y los relativos a la creación o adquisición de servicios. El Ejecutivo Municipal, que orgánicamente es una autoridad centralizada, porque depende inmediatamente del Gobernador, y éste inmediatamente del Presidente de la República, para realizar así la Centralización Política, subordinará de esa manera al Concejo, produciéndose así también la Centralización Administrativa. Es muy difícil concebir la autonomía de una función cuando ésta no se puede ejercitar sino a iniciativa de otro.

Como cifra sociológica el Municipio, que no es sino la Ciudad o el grupo social con personería jurídica, es relievado por su naturaleza y espontaneidad, que contrastan con lo artificioso de las otras creaciones territoriales, como lo fueron las antiguas provincias y cantones, y como lo son hoy los Departamentos. Por eso el Municipio conlleva un valor primario, y como a principio de la Nación, donde las necesidades físicas se remedian y las espirituales y afectivas se satisfacen, se ha sostenido respecto a él, al menos teóricamente, que debe ser objeto de todas las complacencias.

Como cifra institucional el Municipio es el verdadero "seminarium Reipublicae", y el punto de arranque del ejercicio democrático. El brinda al ciudadano el primer campo y la primera oportunidad para hacer valer sus derechos y para cumplir con sus deberes del orden cívico. Por ésto, y si por presumir ineptitud o improbidad en los electores y en los elegidos, se pretendiera reducir a una mínima expresión las funciones del cuerpo deliberante que representa el Municipio, sustituyendo prácticamente a éste por una autoridad centralizada, eso no podría ser sino por no creer en el principio conforme al cual han nacido y se mantienen nuestras instituciones.

LA DESCENTRALIZACION MUNICIPAL

La Constitución, sin embargo, ha creado para el Municipio una atmósfera propia de los valores que él ostenta. Pero, por peregrino y paradójico que éllo parezca, han sido leyes, decretos y jurisprudencias, los que han enturbiado ese ambiente, dando lugar a que esa institución se desfigure, y a que se confunda la autoridad que lo representa con la que allí lleva la voz y la función del Organo Ejecutivo. La Constitución realiza la fórmula de la Centralización Política y la Descentralización Administrativa, y de allí que élla registre estos principios fundamentales:

1. Los bienes y rentas de los Municipios son de propiedad exclusiva de éstos; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sean la propiedad privada (Art 183). (Lo anterior es lo que la Constitución predica de las colectividades territoriales, y el Municipio es la primera de éllas).

2. El Gobernador puede revocar los actos de los Alcaldes; pero respecto a los actos de los Concejos Municipales que estime viciados de inconstitucionalidad o ilegalidad, sólo puede pasarlos al Tribunal Administrativo para que éste decida de su exequibilidad. (Numeral 8 del artículo 194).

3. Los Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art. 193).

Lo que estas normas configuran es la descentralización del Municipio, y por lo mismo la del Concejo que es su representante, la relación jerárquica entre Alcalde y Gobernador; la inexistencia de esa relación entre estos funcionarios y el Concejo; la atribución a aquellas autoridades de apenas un control de tutela respecto a la última, y la existencia entre el Concejo y el Alcalde de una tan radical distinción, que lo que se predica del primero no se puede predicar del segundo, y que las funciones de éste no se pueden confundir con las funciones de aquél. No importa a lo último el que la misma Constitución dé al Alcalde la calidad de Jefe de la Administración Municipal. Incontestablemente es el Jefe de la Administración Activa, como agente del Gobernador; pero no lo es de la Administración Deliberante, encomendada al Cabildo Municipal, y respecto a la cual solo tiene poderes de coadyuvancia y sólo ejercita un discreto control de tutela. Si esa jefatura existiera, si a los Alcaldes se hubiera atribuído poder jerárquico en relación con los Concejos, no podrían estar sujetos a la observancia de los Acuerdos. Pero lo están, desde luego que el precepto constitucional estatuyendo *"erga omnes"*, y con miras seguramente a evitar los forcejeos de poder entre las autoridades locales de diverso orden, y el que algunas de estas utilizando de comodín las

excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad negaron, validez y acatamiento a los Acuerdos de los Concejos, estableció la obligatoridad de esos actos; y solamente a los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo confió el decidir sobre la anulación y suspensión de éllos.

Fiel al principio de la Descentralización Administrativa y la Centralización Política, la Constitución dio unos fueros muy sustantivos al Distrito Municipal; y al establecer el modo como se deben ejercer las funciones de relación entre esa persona descentralizada y el agente central, que es el Alcalde, determinó cláramente que no se puede confundir al Municipio, ni a su representante el Concejo, con el Alcalde; y que las competencias que en cualquier caso se otorguen al Municipio son inidentificables con las que se den al Alcalde, o inversamente.

DESARROLLO Y CONTRAVENCION DE ESE PRINCIPIO

La Ley 4a. de 1913 no dió lugar a esos equívocos; pero expedida la Ley 72 de 1926, y dictado el Decreto 47 de 1927, que dijo reglamentarla, comenzó a usarse indistintamente, y por lo mismo a abusarse, de las categorías Municipio-Alcalde, que nuestro Derecho Público distingue tan claramente.

De acuerdo con la voluntad y términos constitucionales, la Ley 4a. de 1913 dispuso en su artículo 145 que la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo; y que la representación del mismo corresponde al Personero Municipal, pero que el Concejo puede confiar a cualquier persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado. Ese ordenamiento mantiene la separación entre la entidad "Municipio" y la entidad "Ejecutivo Local", estableciendo a la vez que la representación de la primera no necesariamente debe ser unipersonal. También la citada Ley 4a. de 1913 prescribió respecto a los Alcaldes, que éstos nombrarían y removerían libremente los empleados de su oficina; y que en cuanto a los demás empleados municipales, nombrarían aquellos cuya designación no estuviera especialmente atribuida a otra autoridad. (Numerales 6 y 19 del art. 184). Pero como en el artículo 250 se ordenó que los empleos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designan las Leyes, Ordenanzas, *Acuerdos* o reglamentos, y que sólo en caso de silencio o duda se proveen por el Presidente de la República, por el Gobernador o por el Alcalde, según que el destino fuere del orden nacional, departamental o municipal, quedó paladinamente establecido que los Concejos Municipales pueden reservarse la facultad de nombrar empleados, excepto los de la oficina del Alcalde, así algunos de éstos correspondieran a empleos creados por dichas Corporaciones.

No fue que la Ley 72 de 1926 eliminara las respectivas zonas de competencia de Concejos y Alcaldes, haciendo un solo término del binomio. Por el contrario, en el artículo 2o. reiteró respecto al Alcalde de Bogotá lo dispuesto en la Ley 4a. de 1913 en cuanto a los Alcaldes en general, en relación con la facultad de nombrar y remover libremente "sus agentes". Y en el artículo 7o. enunció las facultades que, además de las atribuidas a los Concejos Municipales, se conferían al de Bogotá. Pero fue mediante el Decreto 47 de 1927 como aquella eliminatoria se produjo, al disponerse en el artículo 3o: "En conformidad con el artículo 2o. de la citada Ley 72, todos los empleados que constituyen el tren municipal son agentes del Alcalde, y de él emanan su nombramiento y remoción, con excepción del Personero, Tesorero y Jueces Municipales". Esta disposición es ilegal porque excedió la norma reglamentada, al identificar los agentes del Alcalde con todos los demás empleados municipales, exceptuando únicamente los allí expresados. En virtud de normas constitucionales, la Ley podía señalar funciones a los Concejos, siendo ésto lo que hizo la Ley 4a. de 1913, al fijar entre esas funciones la de crear empleos para el servicio municipal y nombrar los empleados, según lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 169, y con la única excepción que ese precepto hace.

A favor de la Ley 89 de 1936 y 115 de 1948, por las cuales se hicieron extensivas a algunos Municipios las facultades concedidas por la Ley 72 de 1926 al de Bogotá, se ha confundido élla con el Decreto reglamentario para hacer extensiva a la vez la ilegalidad de éste a los demás Municipios. Es así como se ha afirmado que los Concejos Municipales no pueden nombrar empleados distintos a Personero y Tesorero, sino solamente los destinados a los ramos de vías de comunicación, fomento e higiene pública, porque entre las atribuciones que la Ley 84 de 1915 confiere a los Municipios está la siguiente: "b) Reservarse el nombramiento de los empleados municipales creados por los mismos Concejos, en lo que se refiera a los ramos de comunicación, fomento e higiene pública, excepto aquellos que por razón de sus funciones tengan el carácter de agentes del Gobernador". No significa esa disposición que los Concejos Municipales solo puedan verificar tales nombramientos, sino que, para no guardar silencio al respecto, dando lugar a que en ese caso el Alcalde nombre, conforme a lo previsto en el artículo 250 de la Ley 4a. de 1913, deben disponer en el respectivo Acuerdo que la Corporación hará la designación del empleado.

De la "reserva" de que habla el artículo transcrito no puede sacarse ningún partido en contra del Municipio, como no es dable sacarla en contra de nadie ante ciertas imprecisiones o descuidos en los textos legales. Aunque es deseable, no es exigible a la ley una absoluta cabalidad en sus giros y en sus voces. Y ella misma se ha encargado de proveer al modo de interpretación de sus expresiones "oscuras". Es humano que el Legislador se descuide, y que aún

se descuide el Constituyente, como le ocurrió al de 1863, al establecer en un precepto que el período del Procurador General sería anual, y en otro, que sería de dos años. Pero, para cuando esos casos ocurren, el Juez ha recibido normas muy claras sobre la interpretación de la Ley.

La conclusión de lo dicho anteriormente es que los Concejos Municipales disponen de facultades para nombrar otros empleados, además de Personero y Tesorero.

Con referencia al caso a que se refieren los autos cabe afirmar, en razón de lo expuesto, que si por el artículo 25 de la Ley 41 de 1948 se autorizó a los Municipios capitales de los Departamentos para crear Personeros Delegados en lo Penal, quienes podrán ser los suplentes del Personero Municipal, los nombramientos respectivos pueden hacerlos los Concejos Municipales. Se trata de una delegación y de una suplencia sábiamente previstas en los artículos 145 y 232 de la Ley 4a. de 1913, y que se hacen imprescindibles hoy, cuando por la multiplicación de frentes y actividades, si bien puede hablarse de la unidad de la función, ésto no conlleva el que dicha función no pueda ejercitarse por más de un funcionario. Aunque en la Ley 19 de 1937 sobre facultades al Cabildo y al Personero de Bogotá se haya dicho que el Personero de este Distrito puede delegar en el Jefe del Departamento Penal las facultades y funciones que la Ley le señala en los asuntos de esta clase, no se ha citado la Ley por medio de la cual esa atribución se hubiera hecho extensiva a otros Personeros; además de que la posterioridad de la Ley 41 de 1948, hace que sean las normas de ésta las que deban tomarse en cuenta.

Los Concejos tienen también la facultad de nombrar al Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular a que se refiere el artículo 20 de la nombrada Ley 41 de 1948. La calidad de las atribuciones señaladas a ese funcionario bastan para indicar que se trata de otro Personero; de un Personero Delegado para un asunto específico, conforme a lo prescrito en el artículo 145 de la Ley 4a. de 1913, según el cual los Concejos pueden confiar (o delegar) a cualquier persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado. Los Concejos conservan tal facultad, pues aunque por el Decreto 3101 de 1953 se suspendió la Ley 41 de 1948 en el punto que se comenta, para dar a los Alcaldes la atribución de crear juntas administradoras de Ejidos, en vez de los Personeros que no podían crear los Concejos cesantes, al restablecerse el orden jurídico con el consiguiente funcionamiento de los Cabildos, ese decreto dejó de regir; y por la irreductible dicotomía que la Constitución ha establecido entre estas Corporaciones y los Alcaldes, no pueden decirse, ni que los Alcaldes conservan esa función, ni que élla automaticamente pasó a los Concejos. En Derecho no son posibles tales automatismos, que permitirían el que las funciones pasaran de mano en mano. Y si los Cabildos pueden crear Juntas, es en virtud de la facultad general que les da la Ley 4a. de 1913.

Son las consideraciones anteriores las que me han llevado a disentir respetuosamente de la decisión que ha adoptado la mayoría de la Sala.

Gabriel Rojas Arbeláez

Bogotá, D.E., septiembre 15 de 1971.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto por la decisión de la mayoría en la sentencia anterior, discrepamos de la parte motiva, en cuanto atañe al nombramiento de Personero Delegado en lo penal, a saber:

1. En la sentencia se sostiene que el Art. 25 de la ley 41 de 1948 autorizó a los Concejos Municipales de capitales de Departamentos para crear el cargo de personero delegado en lo penal, pero que "a diferencia de lo que dispuso para el personero para ejidos y vivienda popular", no adscribió "a los concejos municipales la facultad de nombrarlos", lo cual no puede deducirse de la expresión de la norma indicada en el sentido de que podrán designarse en tales cargos "los suplentes del personero municipal", por ser éstos y aquéllos empleos diferentes.

Pero, por una parte, la sentencia dedujo, en principio, que el personero delegado para ejidos y vivienda popular debía ser nombrado por el Concejo Municipal con base en el Art. 197, literal 6o., de la Constitución, por no disponer nada al respecto el Art. 20 de la ley 41 de 1948; en segundo lugar, en el supuesto de que el Art. 25 de la ley 41 de 1948 estuviere vigente, el cargo de personero delegado en lo penal conlleva en su propia denominación las funciones que les correspondan, como se expresa en la sentencia, las adscritas al personero municipal "como Agente del Ministerio Público en el ramo penal"; por tanto, como en el caso del personero delegado para ejidos y vivienda popular, correspondía también a los concejos, según el Art. 25 de la ley 41 de 1948, designar a los personeros delegados en lo penal, por aplicación del mismo Art. 197, literal 6o., de la Constitución que, como expresa la sentencia, les da tal atribución. Además, esto se corrobora, respecto de los personeros delegados en lo penal, por el Art. 25 de la ley 41 de 1948, al disponer que puede designarse en tales cargos a los suplentes de los personeros, expresión que debió entenderse, no en el sentido de que *necesariamente* deba nombrárselos, sino en el de que abona el criterio, previsto en la Constitución y sustentado en la sentencia sólo para los personeros delegados para ejidos y vivienda popular y omitido contradictoria e inexplicablemente para los personeros delegados en lo penal, que la elección corresponde a los Concejos municipales, en cuanto tienen la atribución, prevista en el Art. 232 del C. de R.P.M., de designar personeros principal y suplente.

2. La sentencia discrimina entre personeros delegados para ejidos y vivienda popular y personeros delegados en lo penal sólo por razón de sus funciones, específicamente por considerar detalladas las de aquéllos e implícitas las de éstos, para concluir, injurídicamente, en darles distinto tratamiento constitucional y legal en cuanto a determinar el órgano que deba

designarlos, no obstante que, como también sostiene la sentencia, se trata de dos empleos, con funciones segregadas de las correspondientes al Personero Municipal, creados por la ley para que éstas se ejerzan autónomamente, no por delegación del superior jerárquico, sometidos al mismo régimen de designación o nombramiento. Por tanto, si el Decreto No. 1301 de 1953 subrogó al Art. 20 de la ley 41 de 1948 que autorizaba a los concejos para crear el cargo de personero delegado para ejidos y vivienda popular, debió examinarse si estaba o no vigente el Art. 25 *ibídem* que facultaba a los concejos de capitales de departamentos para crear el cargo de personero delegado en lo penal; supuesta la vigencia de tal norma, como lo hace la sentencia, debió concluir ineludiblemente en que correspondía al Concejo Municipal de Ibagué la designación de ese funcionario y, por tanto, confirmar, a este respecto, la sentencia del Tribunal.

3. Pero, como el Art. 25 de la ley 41 de 1948 fue subrogado por el Art. 4o. de la ley 115 del mismo año, que prescribe que "los personeros municipales de los distritos comprendidos en la ley 89 de 1936, podrán hacer uso de las atribuciones especiales conferidas al personero municipal de Bogotá en los artículos 2o., y 3o. de la ley 19 de 1937", que reiteran disposiciones posteriores (Arts. 1o. y 2o. del Decreto 965 de 1956, 1o. del Decreto 276 de 1957 y 40, Ord. 11o., del Decreto-ley No. 3133 de 1968), es evidente que, cuando se hizo la elección de personero delegado en lo penal por el Concejo Municipal de Ibagué, ya no regía la norma que legalmente la autorizaba para crearlo, por lo que el cargo con la misma denominación, creado y provisto por el Concejo, debe entenderse, como el de ejidos y vivienda popular, como uno subalterno de la Personería cuya provisión corresponde al Personero Municipal. Por tanto, procedía, como se hizo, declarar la nulidad de la elección, pero por distintos motivos.

4. Por último, la sentencia confunde las funciones de los delegatarios de las funciones del Personero Municipal, previstas para el Municipio de Bogotá por la ley 19 de 1937 y hechas extensivas a los demás comprendidos en la ley 89 de 1936, en ellos incluidos los de capitales de departamentos, y las de los personeros de ejidos y delegados en lo penal, previstas en los Arts. 21 y 25 de la ley 41 de 1948, respectivamente; pues, mientras éstas se ejercían *por atribución* y por empleados independientes, aquéllas se ejercen *por delegación* del Personero en sus subalternos. Por tanto, si en la sentencia se estimó, no obstante el Art. 4o. de la ley 115 de 1948, que el Art. 25 de la ley 41 de 1948 estaba vigente, debido concluir, también por este aspecto, que corresponde al Concejo Municipal de Ibagué designar al Personero Delegado en lo Penal, cargo que como tal no podía asimilarse, como lo hace la sentencia, a los correspondientes subalternos delegatarios de las funciones del Personero, conforme a los Arts. 2o. y 3o. de la ley 19 de 1937, 4o. de la ley 115 de 1948 y 40, Ord. 11, del Decreto-ley No. 3133 de 1968.

Fecha ut supra.

Osvaldo Abello Noguera *Humberto Mora Osejo*

JUICIOS ELECTORALES

COMISION OCTAVA DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES

FUNCION FISCALIZADORA DEL CONGRESO. *Competencias que se derivan de la misma.* **Si fuera jurídico que el Congreso, las Cámaras o sus Comisiones, en el ejercicio de la función fiscalizadora a ellos encomendada, pudieren nombrar delegados suyos ante el Gobierno, ante sus entidades descentralizadas, desnaturalizarían la función fiscalizadora, pues de contralores se tornarían en co-administradores. Y si se convierten en co-administradores, desvertebrarán el sistema, pues harán imposible el cumplimiento del principio de separación de las Ramas del Poder Público.**

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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

Consejero Ponente: **Doctor Carlos Portocarrero M.**

REF.— Expediente No. 1767. ELECTORAL.
ACTOR: FRANCISCO ELADIO GOMEZ Y OTROS.

En ejercicio de la acción pública electoral y obrando en su propio nombre, el Doctor FRANCISCO ELADIO GOMEZ MEJIA, solicitó de esta Corporación que, previos los trámites legales de rigor y con audiencia del señor Agente del Ministerio Público se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. la nulidad de las Resoluciones individualizadas bajo los números 004 a 119 (con excepción de las Resoluciones Nos. 9, 15, 22, 39, 56, 60, 61, 72, 73, 74, 75, 76, 84, 100 y 109), de diciembre 19 de 1970, originarias de la Mesa Directiva de la Comisión VIII Constitucional Permanente de la Honorable Cámara de Representantes, por las cuales se comisionó o nombró representantes de la mencionada Comision VIII, en las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas, como más adelante se detalla en el hecho tercero de esta demanda.

"2. la nulidad del acto contenido en la Proposición No. 001 de la citada Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes, inserta a su vez, en el Acta de enero 27 de 1971 de la mencionada Comisión, en cuanto por medio de tal providencia, la citada Comisión VIII ratificó los nombramientos hechos por las Resoluciones anteriormente mencionadas".

Los hechos que dieron lugar a la demanda pueden sintetizarse así:

Mediante Proposición 254 de 16 de diciembre de 1970, la Cámara de Representantes convocó a sesiones, durante el período de receso de la misma, a su Comisión VIII Constitucional Permanente, con el fin de que se dedicara "al estudio de los presupuestos de los establecimientos públicos, institutos descentralizados, empresas comerciales o industriales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, y al estudio de los informes pendientes de la misma Comisión, de conformidad con la Ley 65 de 1967". Durante las sesiones para que fue convocada, la Mesa Directiva de la citada Comisión VIII expidió las providencias acusadas, por medio de las cuales nombró representantes suyos en las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas. Tales nombramientos fueron ratificados por la Comisión en pleno al aprobar, el 27 de enero de 1971, la Proposición No. 001, acto cuya nulidad igualmente se pide.

Como normas violadas citó el demandante los artículos 62 y 72 de la Constitución Nacional y los artículos 5o. de la Ley 65 de 1967, 6o. de la Ley 17 de 1970, 2o. de la Ley 7a. de 1945 y 19 del Decreto Ley 3130 de 1968.

Admitida la demanda, se presentó como coadyuvante de la misma el señor JAIME DIAZ RODRIGUEZ, quien solicitó que se anularan los actos acusados pues violaron, al expedirlos, los artículos 2o., 10, 20, 55, inc. 2o., 56, 63, 72 inciso 3o., y 78, ordinal 2o., de la Constitución y los artículos 5o. de la Ley 65 de 1967, 6o., aparte Comisión Octava – 15, 18, inciso 5o. y 25,

inciso 2o. de la Ley 17 de 1970 y las normas orgánicas de las entidades descentralizadas para las cuales se designaron representantes. El coadyuvante, después de hacer un análisis jurídico de cada violación, concluye que debe accederse a las peticiones del libelo:

"a) Porque la Comisión VIII no tiene entre sus facultades la de hacer parte de Juntas o Consejos Directivos, ni la de enviar delegados de la misma a tales cuerpos;

"b) Porque durante las sesiones ordinarias de la Comisión no tiene ella competencia para hacer nombramientos o designaciones; y,

"c) Porque las comisiones accidentales no pueden estar compuestas por un solo delegado sino, al menos, ellas deben ser integradas por dos congresistas y deben tener tiempo limitado".

Igualmente, dentro de la oportunidad legal se hizo parte impugnadora el Dr. RAFAEL BAUTISTA ORTIZ, quien al alegar de conclusión solicitó se declarara probada "la excepción perentoria de prescripción de la acción intentada, y, en consecuencia, convalidados los actos acusados por el transcurso del tiempo dentro del cual era viable la acción intentada".

La Doctora Aydee Anzola L., Fiscal 4o. del Consejo al emitir su concepto de fondo opina que debe declararse la prescripción de la acción, pues los actos acusados fueron expedidos el 19 de diciembre de 1970 y la demanda sólo fue presentada el 8 de febrero de 1971, es decir, cuando ya había transcurrido el plazo que consagra el artículo 209 del C.C.A., para la presentación de demandas electorales. El demandante y su coadyuvante, en escritos presentados ya citadas las partes para sentencia, expresan que no hay lugar a hacer la declaratoria pedida por el señor Agente del Ministerio Público, pues el término del artículo 209 del C.C.A., debe contarse a partir de la expedición del último acto acusado –Proposición 001 de 1971– y no desde la fecha en que se dictaron las Resoluciones.

Como no existe nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la SALA a dictar la sentencia del caso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

I – EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION

La cuestión que en primer término debe estudiar el Consejo es la relacionada con la presentación extemporánea de la demanda que alegan el

Agente del Ministerio Público y el impugnador, ya que si es cierta tal afirmación la SALA no podrá entrar a analizar el fondo del negocio por haberse operado el fenómeno de caducidad –no prescripción como lo sostiene los excepcionantes– de la acción.

El artículo 209 del C.C.A., exige que toda demanda electoral sea presentada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a aquél en que se verifique la elección o se produzca la expedición del acto que declara la misma o hace el nombramiento. Más cuando en el proceso de nombramiento o elección de alguna persona se necesita de dos o más actos, el término de presentación de libelos electorales deberá contarse a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el último de tales actos, ya que el libelista al demandar tendrá que acusar todos los actos producidos, pues si sólo demandara el primero de ellos, no podría el Consejo de Estado estudiar la demanda por ser incompletas las súplicas del libelo.

En otras palabras: cuando en el proceso de una elección o nombramiento deben producirse varios actos, forman los mismos el llamado acto complejo el cual sólo puede atacarse en conjunto y en una sola acción y no separadamente y ejercitando dos o más acciones; y lógicamente, si no pueden demandarse aisladamente las providencias que componen el acto complejo, tiene que concluirse que sería ilegal sostener que opere la caducidad de la acción porque habían transcurrido más de diez (10) días de haberse producido el primero de tales actos. Lo legal es considerar que el término de caducidad de la acción, cuando se trata de actos complejos, debe contarse a partir del pronunciamiento de la última providencia, ya que antes de su producción no podría aprehender la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de un acto de nombramiento o declaratoria de una elección.

Pues bien, en el caso de autos se tiene que para los nombramientos acusados hubo necesidad de la expedición de actos por parte de la Mesa Directiva de la Comisión VIII de la Cámara de Representantes y por parte de la Comisión en pleno. Por los primeros se hicieron los nombramientos y mediante el segundo, la Comisión ratificó las designaciones hechas por la Mesa. O sea, la Comisión VIII entendió que los actos acusados necesitaban, para su validez, de la ratificación que a dichas decisiones impartiera la Comisión. Por esa razón tiene que concluirse que los actos de la Mesa Directiva de la Comisión VIII y la Proposición 001 constituyen los actos por los cuales se hicieron los nombramientos cuya nulidad se demanda, es decir, cada Resolución y la Proposición citada forman un acto complejo, que, como se ha dicho, debía demandarse conjuntamente, pues si sólo se hubiere demandado las Resoluciones de la Mesa Directiva, se encontraría la SALA ante un caso de acción de nulidad contra un acto incompleto.

Por último, si se insistiera en que los nombramientos se produjeron con las primeras Resoluciones, se tendría que concluir que la Proposición 001 de 1971 fue un acto inútil, cosa que repugna al derecho. Lo lógico es sostener que como el legislador dio a la Comisión VIII competencia para vigilar el funcionamiento de las entidades descentralizadas, los miembros de la misma entendieron que los actos que en ejercicio de tal facultad se expidieran deberían emanar de la Comisión en pleno y no de su Mesa Directiva.

Luego, si los actos demandados forman con la Proposición 001 de 1971 un acto complejo, el término de caducidad de los mismos sólo puede contarse a partir del día siguiente de la expedición de la ya citada Proposición, es decir, a partir del 28 de enero de 1971; y si fue presentada el 8 de febrero del presente año, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a aquella fecha, debe concluirse que no se opera la caducidad de la acción y, por tanto, no hay lugar a declarar probada la excepción que, con denominación errónea han propuesto al señor Agente del Ministerio Público y el impugnador Doctor Rafael Bautista.

II – EL PROBLEMA DE FONDO

Fácilmente se puede deducir de la demanda y del escrito de coadyuvancia que dos son los ataques que se hacen a los actos demandados:

1. La Comisión VIII de la Cámara de Representantes no tiene competencia "para nombrar representantes de la Comisión en la Junta Directiva de Entidades descentralizadas, con derecho a voz" (fl. 14) o "porque la Comisión VIII no tiene entre sus facultades la de hacer parte de Juntas o Consejos Directivos, ni la de enviar delegados de la misma a tales cuerpos" (fl. 161); y,

2. "Porque durante las sesiones no ordinarias de la Comisión no tiene ella competencia para hacer nombramientos o designaciones" y, además, si con los actos acusados la Comisión VIII designó comisiones accidentales, ellas no podían estar compuestas por un solo delegado y debían ser por tiempo limitado.

Pasa la SALA a estudiar tales cargos.

1. *La función fiscalizadora del Congreso. Competencias que se derivan de la misma.*

Los sistemas democráticos han consagrado como una de sus bases fundamentales el principio de la separación de las Ramas del Poder Público.

Este principio se encuentra consagrado entre nosotros en el artículo 55, inciso 2o., de la Carta que dice: "El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Más, la existencia del principio en mención tiene dos razones de ser: la primera es que con la separación de las funciones del Poder se evita la concentración del mismo en una sola persona y con ello la vuelta a los regímenes monárquicos absolutos o a las llamadas tiranías; la segunda razón de la separación de las Ramas del poder es la de que con la existencia de distintas autoridades que ejerzan independientemente sus funciones se logra el equilibrio en el ejercicio del poder y se evita el abuso del mismo y, además, se realiza el control que cada Rama debe ejercer sobre la otra. Si no existiera la independencia o separación de las Ramas del Poder los administrados no podrían acudir a los Tribunales en busca de la reparación por actos o hechos ilegales de la Administración o de la desaparición de normas legales inconstitucionales, etc. En fin, sin el principio en estudio no podría existir la imparcialidad que requiere el ejercicio de la función pública.

Pero si, como se ha visto, es presupuesto necesario del Estado de derecho el principio de la separación de las Ramas del Poder Público, consecuencia del mismo es la de que dichas Ramas deben ejercer control sobre las actividades de las otras.

Pues bien: en relación con la Rama Ejecutiva se tiene que sus actos, además del control que ejerce la misma Administración a través de los llamados recursos gubernativos —sobre todo el de apelación— están sometidos:

a) Al control jurisdiccional que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por regla general y excepcionalmente, la justicia ordinaria; y

b) Al control político que ejerce el Congreso.

Las características del control del Congreso son:

1. Es un control esencialmente político, pues se concreta a analizar las actuaciones administrativas y a investigar las presuntas irregularidades, más no puede llegar a la revocatoria o anulación de los actos de la Administración;

2. Estudia, más que la legalidad de las actuaciones administrativas, la conveniencia o inconveniencia de las mismas; y,

3. Las recomendaciones del contralor pueden o no ser atendidas por el organismo controlado.

En nuestro derecho positivo el control político que ejerce el Congreso sobre la Administración ha sido consagrado en los artículos 96, 102, ordinales 4o., y 5o., 103, Ord. 4o., 118 y 134 de la Constitución Nacional y en las Leyes 65 de 1967 y 17 de 1970.

Las citadas disposiciones constitucionales permiten a las Cámaras legislativas designar Comisiones de su seno para que adelanten investigaciones en la Administración y establezcan las irregularidades y dictaminen sobre la responsabilidad política de los funcionarios administrativos, hacer comparecer a la Cámara respectiva o a las Comisiones de las mismas a Miembros del Gobierno para que informen sobre determinados asuntos o actuaciones administrativas a la Entidad citadora y a la opinión pública.

Y las disposiciones de las Leyes 65 de 1967 y 17 de 1970, dan a las Comisiones VIII de las Cámaras, parte de la facultad de control que tiene el Congreso sobre las llamadas Entidades Descentralizadas. Así, para ejercer ese control, el Legislador ha dado competencia a dichas Comisiones para que: a) Conozcan en primer debate de los proyectos de ley que creen, supriman o reformen Entidades Descentralizadas y que contengan los Estatutos básicos a que deban someterse tales Entidades; preparen los proyectos de ley que consideren necesarios para la mejor marcha de las entidades controladas; estudien los presupuestos de aquellos entes y presenten al Congreso y al Gobierno informes en relación con los mismos, formulando las observaciones a que hubiere lugar; y vigilar el funcionamiento de tales personas de derecho público.

De lo anterior se deduce que ni la Constitución ni la Ley han atribuído al Congreso la facultad de nombrar delegados suyos en las Entidades descentralizadas, ni esa competencia ha sido atribuída a la Comisión VIII Constitucional Permanente de las Cámaras. No puede sostenerse válidamente que si bien la facultad de designar representantes de la Comisión VIII en las Juntas o Consejos Directivos de las Entidades descentralizadas no ha sido consagrada expresamente ni en la Constitución ni en la ley, ella se desprende de la facultad de vigilancia que tiene esa Comisión sobre dichos entes, pues tal afirmación resultaría contraria a las características que se han señalado, las cuales no son sino el obedecimiento a la norma constitucional que prohibe al Congreso y a sus Miembros inmiscuirse en asuntos de competencia de las otras Ramas del Poder Público. Por ello, aunque se aceptara que de las Leyes 65 de 1967 y 17 de 1970 se deduce la facultad ejercida por la Comisión VIII de la Cámara de Representantes al expedir los actos acusados tendría que concluirse que tal facultad no podría ejercerse pues, como ella

viola el ordinal 2o., del artículo 78 de la Carta, al tenor de lo ordenado por el artículo 215 de nuestra Constitución no puede ser aplicada.

Y es que no debe olvidarse que si bien nuestro sistema democrático ha instituído el control de una Rama sobre las otras, tal control no puede hacer nugatorio el principio de separación de las Ramas del Poder Público que caracteriza a los Estados de derecho.

Si fuera jurídico que el Congreso, las Cámaras o sus Comisiones, en el ejercicio de la función fiscalizadora a ellos encomendada, pudieran nombrar delegados suyos ante el Gobierno, ante sus Entidades descentralizadas, desnaturalizarían la función fiscalizadora, pues de contralores se tornarían en co-administradores, pues como lo sostiene el coadyuvante del libelo "no se puede decir que como el representante designado únicamente tendrá voz y no voto, su presencia en la Junta no implica participación en la función administrativa. En efecto, asistir con derecho a voz y con carácter permanente a una Junta implica la facultad de opinar, con toda clase de argumentos, sobre la legalidad, conveniencia u oportunidad de la política, programas, proyectos, contratos, nombramientos, presupuesto y otras decisiones relativas a asuntos propios de la entidad, como adjudicación de préstamos, otorgamiento de subsidios o bonificaciones, que son materias normalmente de competencia de la junta directiva. Con las opiniones que así se emitan por parte de un miembro ajeno a la Administración se influye sobre el ánimo y la voluntad de la Junta como tal y de cada uno de sus miembros, máxime cuando quien las emite forma parte del cuerpo legislativo y es fiscal ante el Congreso y ante la opinión, de las decisiones que se adopten. O sea que en forma directa se está participando en la parte culminante de la función administrativa cual es la fase de la toma de decisiones". Y si se convierte en co-administradores, desvertebrarán el sistema, pues harán imposible el cumplimiento del principio de separación de las Ramas del Poder Público.

Luego, como ni la Constitución ni la Ley han dado competencia a la Comisión VIII de la Cámara para nombrar representantes suyos en las Juntas o Consejos Directivos de las Entidades Descentralizadas, debe concluirse que con la expedición de los actos demandados se violaron los artículos 2o., 10, 20, 55 y 63 de la Carta. Además, como con los actos enjuiciados se trató de inmiscuir la Comisión en asuntos de la exclusiva competencia de la Administración y quiso tornarse en co-administrador, tiene que concluirse que, igualmente, se violaron los artículos 55, inciso 2o., y 78, ordinal 2o., de la Constitución. Por último, como ni la Ley 65 de 1967 ni la 17 de 1970 consagran la facultad irrogada por la Comisión VIII, debe expresarse que con la expedición de los actos demandados se violaron tales leyes, por extralimitación. Por tanto, se impone la anulación de los nombramientos

hechos en los actos objeto de la demanda, por carecer de competencia la Comisión VIII para dictarlos y por constituir los mismos, intromisiones de la citada Comisión en la Rama Ejecutiva del Poder Público.

2. *Irregularidades de forma en las designaciones hechas.*

Encuentra la SALA que los cargos formulados por el actor y el coadyuvante relacionados con el hecho de que los actos acusados fueron expedidos durante sesiones de la Comisión VIII en las cuales su competencia estaba restringida por el acto de convocatorias y que las Comisiones no podían estar formadas por un solo Miembro de la misma, sino por dos o más y que ellas debían estar limitadas en el tiempo, deben aceptarse por las razones que en seguida se exponen:

a) El Congreso y las Comisiones del mismo pueden sesionar, ya sea por derecho propio, en el periodo señalado por el artículo 68 de la Constitución Nacional y durante esas sesiones pueden ejercer todas las competencias que la Constitución y las leyes le han atribuído, ya sea por convocatoria del Gobierno (el Congreso – inciso 4o., del artículo 68) o las Comisiones por convocatoria del Gobierno o del mismo Congreso.

Pues bien, si en las primeras sesiones, llamadas ordinarias, gozan de la plenitud de su competencia, no sucede lo mismo en las segundas, denominadas sesiones extraordinarias, ya que la misma Constitución ha expresado que en tales reuniones "sólo pueden debatirse los asuntos pendientes en la legislatura anterior, realizar los estudios que la Corporación respectiva determine o preparar los proyectos que las Cámaras les encomienden", es decir, que temporalmente está limitada la competencia que se ha atribuído a las Comisiones por el acto de convocatoria. Por ello, toda actuación que se salga de tales límites será nula por incompetencia temporal de la Comisión para producirlo. Luego, si ni el artículo 72 de la Constitución Nacional ni el acto de convocatoria de la Comisión VIII de la Cámara de Representante (Proposición 254 de 16 de diciembre de 1970) le dieron a la citada Comisión facultad para hacer designaciones o nombramientos, debe concluirse que los actos por medio de los cuales se realizaron tales designaciones o nombramientos, son inconstitucionales, pues violaron el artículo 72 de la Carta y, por ello, también habrá lugar a declarar su nulidad.

b) Según los artículos 15 y 18 de la Ley 17 de 1970, las Comisiones que se forman para allegar informes de interés público se denominan comisiones accidentales y ellas deben estar constituídas por más de dos congresistas, pues no pueden serlo por miembros de un solo partido y deben señalarse en el acto de su constitución el término de duración de las mismas, ya que no

pueden ser permanentes, y las funciones de ellas. Como los actos acusados integran Comisiones que no son accidentales sino permanentes, pues no se señala el término de su duración y están formadas por un solo miembro de la Comisión, tiene que concluirse que son nulas pues violan los artículos 15 y 18 de la Ley 17 de 1970, y, por ello, procede, igualmente, despachar favorablemente las peticiones del libelo.

No sobra agregar que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de fecha veintidós (22) de octubre del año en curso y con algunos de los argumentos que en esta providencia se exponen, anuló la Resolución No. 089 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL PARA PROGRAMAS DE SALUD. Por esta razón no es del caso dentro de este fallo decretar la nulidad de la Resolución mencionada.

Por 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, en desacuerdo con la Fiscalía 4a. de la Corporación,

FALLA:

PRIMERO. NO hay lugar a declarar la Excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO. SON NULAS las Resoluciones de la Mesa Directiva de la Comisión VIII Constitucional Permanente de la H. Cámara de Representantes Números 004 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. ROGERIO BOLAÑOS, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL; 005 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. ROGERIO BOLAÑOS para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE PREVISION DE COMUNICACIONES; 006 de diciembre 19 de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ROGERIO BOLAÑOS para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES; 007 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ROGERIO BOLAÑOS, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION FINANCIERA PO-

PULAR; 008 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. ROGERIO BOLAÑOS para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES TECNOLOGICAS; 010 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. ROGERIO BOLAÑOS para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante el CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA; 011 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona el H. R. ROGERIO BOLAÑOS para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante el CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA; 012 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. CRISTOBAL CADAVID ZULUAGA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO CAFETERO; 013 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. CRISTOBAL CADAVID ZULUAGA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA; 014 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. CRISTOBAL CADAVID ZULUAGA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL DE BIENESTAR SOCIAL; 016 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. Representante CRISTOBAL CADAVID ZULUAGA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante el CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO UNIVERSITARIO SUR-COLOMBIANO; 017 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. CRISTOBAL CADAVID ZULUAGA para representar a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL DE PROYECTOS DE DESARROLLO –FONADE–; 020 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA; 021 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES; 023 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. JOSE IGNACIO CASTAÑEDA N., para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante el CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGIA DE TUNJA; 024 de 19 de diciembre de 1970 por la cual se comisiona al H. R. JOSE IGNACIO CASTAÑEDA NEIRA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO

GEOGRAFICO "AGUSTIN CODAZZI"; 025 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. JOSE IGNACIO CASTAÑEDA NEIRA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL HOTEL SAN DIEGO; 026 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JOSE IGNACIO CASTAÑEDA NEIRA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE VIVIENDA MILITAR; 027 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. JOSE IGNACIO CASTAÑEDA NEIRA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE CASAS FISCALES DEL EJERCITO; 028 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA; 029 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA; 030 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMPAÑIA COLOMBIANA DE ASTILLEROS; 031 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; 032 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA; 033 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL; 034 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAFAEL CURE ARRIETA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE BARRANQUILLA; 036 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL; 037 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL HOSPITALARIO; 038 de 19 de diciembre de 1970 por la cual

se comisiona al H. R. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION PROVEEDORA DE INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL; 040 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE; 041 de 19 de diciembre de 1970, por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO ROTATORIO DE LA ARMADA; 042 de 19 de diciembre de 1970 por la cual se comisiona al H. R. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO; 043 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO DE PROMOCION DE EXPORTACIONES; 044 de 19 de Diciembre de 1970 por la cual se comisiona al H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO DE DESARROLLO COMUNAL; 045 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR; 046 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION NACIONAL DE TURISMO; 047 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA COMPAÑIA NACIONAL DE NAVEGACION; 048 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona a la H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA; 049 de diciembre 19 de 1970, por la cual se comisiona al H. R. ALEGRIA FONSECA DE RAMIREZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE CULTURA; 051 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HECTOR HORACIO HERNANDEZ AMEZQUITA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES GEOLOGICO MINERO; 052 de 19 de diciembre de

1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HECTOR HORACIO HERNANDEZ AMEZQUITA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS; 053 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HECTOR HORACIO HERNANDEZ AMEZQUITA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO; 054 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HECTOR HORACIO HERNANDEZ AMEZQUITA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CREDITARIO E IDEMA; 055 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HECTOR HORACIO HERNANDEZ AMEZQUITA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE CULTURA HISPANICA; 057 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. OSCAR HOYOS NARANJO, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR; 058 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. OSCAR HOYOS NARANJO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIA "ICA"; 059 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. OSCAR HOYOS NARANJO para que represente a la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE; 062 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. OSCAR HOYOS NARANJO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES; 063 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. OSCAR HOYOS NARANJO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION REGIONAL DE DESARROLLO DE URABA; 064 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO POPULAR; 065 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION AUTONOMA DE TUMACO Y COLONIZACION DEL RIO MIRA; 066 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la

JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO REGIONAL DE DESARROLLO FORESTAL Y AGRICOLA Y GANADERO DE NARIÑO Y PUTUMAYO; 067 de diciembre 19 de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA; 068 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION DE FERIAS Y EXPOSICIONES; 069 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PRODUCTOS VETERINARIOS; 070 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. ALFREDO MARTINEZ MUÑOZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION DE EMPLEADOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS; 071 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HERNANDO VELEZ MARULANDA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL; 077 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. HERNANDO VELEZ MARULANDA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO CENTRAL HIPOTECARIO; 078 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION; 079 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE MERCADEO AGROPECUARIO; 080 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA; 081 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES para que represente a la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS; 082 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO GANADERO; 083 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES para que

represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE TELECOMUNICACIONES; 085 de 19 de diciembre de 1970 por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante LA INDUSTRIA MILITAR; 086 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JAIME SERRANO REYES para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DE REHABILITACION Y DESARROLLO DE LA ZONA BANANERA DEL MAGDALENA; 087 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO MUNICIPAL; 088 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION REGIONAL DEL RIO ZULIA; 090 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO CARO Y CUERVO; 091 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JORGE A. SEDANO GONZALEZ para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE CONSTRUCCIONES ESCOLARES; 092 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE; 093 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante el CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL; 094 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL; 095 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO AERONAUTICO NACIONAL; 096 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AEREA; 097 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA para que

represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA; 098 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. BLAS ALFONSO RIAÑO UPARELA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante el CONSEJO DE LA UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL; 099 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. NAPOLEON PERALTA BARRERA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE PROVISIONES; 101 de diciembre 19 de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. NAPOLEON PERALTA BARRERA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL SERVICIO COLOMBIANO DE METEOROLOGIA E HIDROLOGIA; 102 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. NAPOLEON PERALTA BARRERA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL CENTRO INTERAMERICANO DE FOTOINTERPRETACION; 103 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. NAPOLEON PERALTA BARRERA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representante ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE CREDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TECNICOS EN EL EXTERIOR; 104 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. NAPOLEON PERALTA BARRERA, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE MINAS –ECOMINAS–; 105 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. NAPOLEON PERALTA BARRERA para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la CORPORACION REGIONAL DE LA SABANA DE BOGOTA Y LOS VALLES DE UBATE Y CHIQUINQUIRA; 106 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JESUS OCAMPO OSORIO, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO; 107, de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JESUS OCAMPO OSORIO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE; 108 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JESUS OCAMPO OSORIO para que represente a la Comisión VIII de la Cámara de Representantes ante el CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DE CALDAS; 110 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JESUS OCAMPO OSORIO para que represente a la H. Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS; 111 de 19 de diciem-

bre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. JESUS OCAMPO OSORIO, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR; 112 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisona al H. R. JESUS OCAMPO OSORIO, para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL; 113 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE DESARROLLO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES; 114 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LOS FERROCARRILES NACIONALES; 115 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE ARTESANIAS DE COLOMBIA; 116 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión 8a. de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE ASUNTOS NUCLEARES; 117 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL MILITAR; 118 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DE LA CORPORACION NACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL CHOCO; y 119 de 19 de diciembre de 1970, por medio de la cual se comisiona al H. R. RAUL MUÑOZ AGUDELO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes ante la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

TERCERO. Es igualmente nula la Proposición No. 001 de 27 de enero de 1971, de la Comisión VIII Constitucional Permanente de la H. Cámara de Representantes, por la cual se ratifican "en su totalidad las delegaciones conferidas mediante Resoluciones de Comisión, por la Mesa Directiva de esta Corporación a honorables representantes de su seno, para el ejercicio de la función de vigilancia que le está atribuída sobre las entidades descentralizadas del orden nacional".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Juan Hernández Sáenz
Presidente

Carlos Portocarrero M.

Eduardo Aguilar Vélez

Nemesio Camacho R.

Jorge Dávila Hernández

Lucrecio Jaramillo Velez

Humberto Mora Osejo

Gabriel Rojas Arbélaez

Osvaldo Abello Noguera

Alfonso Arango Henao

Alfonso Castilla Saiz

Hernando Gómez Mejía

Miguel Lleras Pizarro

Alvaro Orejuela Gómez

Gustavo Salazar Tapiero

Rafael Tafur Herrán

Hernando Franco R.
Secretario General

JUICIOS ELECTORALES

PERSONEROS Y TESOREROS MUNICIPALES. *Su elección y destitución por parte de los Concejos.* **La facultad constitucional atribuída a los Concejos de elegir personeros y tesoreros no es de ninguna manera discrecional sino que deben ejercerla "conforme a la ley" (Art. 197) y puesto que ésta les ha señalado a tales funcionarios un período de un año a partir del 1o. de enero, una vez elegidos y posesionados se agota para el Concejo tal facultad hasta el vencimiento del período, a menos que antes se produzca la vacante por causal legal.**

Consejo de Estado

Sala Plena Contenciosa

Bogotá, D.E., noviembre dos de mil novecientos setenta y uno.

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

Ref: Expediente número 5.
Actor: Irne Sandoval Rengifo.

En la sesión del 7 de diciembre de 1970 el Concejo de Palmira eligió a Irne Sandoval Rengifo para el cargo de personero municipal para el período del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1971. El elegido tomó oportunamente posesión y entró a desempeñar el cargo.

El mismo Concejo aprobó en la sesión del 7 de abril de 1971 la resolución número 1 en virtud de la cual lo destituye del empleo a partir del día citado y dispone fijar fecha para hacer la elección de la persona que lo reemplace. Para adoptarla el Concejo le hace los cargos de falta de diligencia para cobrar las rentas municipales, "ostensible dedicación a las bebidas alcohólicas y a su espíritu festivo" por lo que desatiende el cumplimiento de sus funciones y desobedece instruccciones de la Contraloría.

En desarrollo de esa determinación la corporación eligió el 16 de abril de 1971 a Bernardino Figueroa en reemplazo del funcionario destituido

Sandoval Rengifo demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle la nueva elección con fundamento en la norma del artículo 279 del Código de Régimen Político y Municipal según la cual el período de los tesoreros es de un año contado a partir del 1o. de enero y porque estando provisto el cargo mal podía el Concejo de Palmira hacer nueva elección.

Por sentencia de 12 de julio del año en curso el Tribunal accede a declarar nula la elección por que estima que el Concejo carecía de facultad puesto que estaba sin vencer el período de Sandoval y agrega:

> "Es oportuno aclarar que el funcionario cuyo cargo tiene período fijo, puede ser removido dentro de ése mismo período, de acuerdo con la ley si incurre en alguna de las causales de mala conducta, abandono del cargo, embriaguez, y mediante la investigación administrativa correspondiente que culmine con la providencia en que tal conducta se califique, todo ello con la obvia intervención del funcionario cuya conducta se pone en cuestión, para que pueda hacer sus descargos y justificaciones".

Por apelación interpuesta por el apoderado del opositor de la acción instaurada el fallo ha venido a conocimiento del Consejo de Estado y cumplido el trámite de la segunda instancia propio de los juicios electorales procede la Sala a resolverla.

El fiscal de la Corporación doctor Ortiz Amaya encuentra acertado el juicio del Tribunal y abunda en el razonamiento de que el funcionario con período fijo adquiere el derecho de permanencia, que garantiza su estabilidad, para asegurar el buen desempeño de sus funciones y no puede ser removido sino mediante investigación administrativa o penal que demuestre haber incurrido en causales previstas por la ley y que den lugar a destitución, investigación que no se hizo en el presente caso.

LA SALA CONSIDERA:

La facultad constitucional atribuida a los Concejos de elegir personeros y tesoreros no es de ninguna manera discrecional sino que deben ejercerla "conforme a la ley" (artículo 197) y puesto que ésta les ha señalado a tales funcionarios un período de un año a partir del 1o. de enero, una vez elegidos y posesionados se agota para el Concejo tal facultad hasta vencimiento del período, a menos que antes se produzca la vacante por causal legal.

Quiere decir lo anterior que hecha la elección el elegido adquiere el derecho a permanecer en el cargo durante todo el período legal, siempre que cumpla con lealtad, honestidad y eficiencia los deberes de su empleo.

Por lo mismo, si el tesorero o el personero incurre en violación de los deberes o prohibiciones que le impone el *vinculum iuris* que lo ata a la administración municipal o no se comporta con dignidad, el Concejo puede negarle el derecho a continuar la función que desempeña, si la causal en que incurre conlleva sanción de tal naturaleza.

Quiere decir lo anterior que el Concejo sí puede separar definitivamente a los funcionarios nombrados antes del vencimiento del período legal, pero para ello debe adelantar investigación administrativa en la que se expresen los hechos o faltas que se le imputen al funcionario, que éste los conozca en legal forma y tenga oportunidad de defenderse y aportar las pruebas que estime conveniente y luego si el hecho resulta fehaciente y está sancionado con la destitución así se diga por providencia de la corporación.

O lo que es lo mismo, que se le haga al funcionario lo que se ha dado en llamar el *debido proceso legal* que es una traducción a nuestro idioma de la expresión inglesa *"due process of law"* de la constitución de los Estados Unidos de Norte América y que en Colombia es garantía expresamente establecida en el artículo 26 de la ley suprema.

No lo hizo así el Concejo de Palmira en el caso que se examina ya que sin levantar diligencias sumarias en que se concretaran cargos y sin que el personero Sandoval Rengifo hubiese tenido oportunidad para la defensa, la corporación dictó la resolución número 1 destituyéndolo del empleo, obrando así arbitrariamente por lo que la elección del reemplazo resulta nula, ya que no se había producido la vacante en legal forma.

Por lo expuesto, la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena Contenciosa en la sesión verificada en esta misma fecha.

Juan Hernández Sáenz
Presidente

Alfonso Arango Henao
Vicepresidente

Osvaldo Abello Noguera

Eduardo Aguilar Vélez

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Saiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gomez Mejía

Lucrecio Jaramillo Vélez

Miguel Lleras Pizarro

Humberto Mora Osejo

Alvaro Orejuela Gómez

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

Gustavo Salazar T.

Rafael Tafur Herrán

Hernando Franco Rojas
Secretario

JUICIOS ELECTORALES

CONCEJOS MUNICIPALES. Si el Concejo Municipal no tiene reglamento donde se indique la fecha y hora de sus sesiones ordinarias, los concejales deben ser citados siempre en forma personal y colectiva como lo ordena el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 49 de 1932.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Bogotá, D.E., diciembre nueve de mil novecientos setenta y uno.

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

El señor J. Antonio Ríos Acevedo, por intermedio de apoderado, pidió del Tribunal Administrativo de Antioquia que declarara nula la elección del señor Enrique Cardona Toro como personero de Toledo, que le fue hecha por el Concejo de ese Municipio el 23 de diciembre de 1970. Pidió también que se restituyera en dicho empleo al señor Odilio López y, en subsidio de las dos súplicas anteriores, que se declarara que la elección del señor Cardona Toro fue hecha por el resto del período en curso, o sea hasta el 31 de diciembre de 1970 y no para el que comenzó el 1o. de enero de 1971 y que se ordenara al aludido señor que le entregara el cargo al señor López, "a menos que otro hecho o acto lo impida", según las voces de la demanda.

Asevera el actor que la elección del señor Cardona Toro es nula porque los Concejales de Toledo no fueron citados personalmente para asistir a las sesiones del 19 y el 23 de diciembre de 1970, en las cuales se señaló fecha para elegir Personero y se realizó la elección, respectivamente, ya que esta citación es obligatoria conforme al artículo 1o. del Decreto Reglamentario 49 de 1932. Dice también que el señalamiento de fecha para hacer la elección no tuvo efecto por no haber sido citados los miembros del Concejo en legal forma y, por ende, que ese acto no se cumplió con la anticipación que exige el artículo 2o. del mismo Decreto 49. Alega, por último, que la elección de Personero no se realizó con la mayoría exigida por el artículo 83 de la Constitución, pues sólo votaron por Cardona Toro 5 Concejales de los 8 que componen el Cabildo.

Y en cuanto a la solicitud de reintegro del señor López, intenta apoyarla en los artículos 81, 24 9, y 280 del Código Político y Municipal.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal, en fallo del 9 de septiembre de 1971, no accedió a las súplicas de la demanda por entender que cuando las sesiones del Concejo son ordinarias no es indispensable la citación personal de sus integrantes, ya que los días y horas en que tales reuniones han de realizarse son conocidas por aquellos a través del reglamento de la Corporación, de donde deduce que las sesiones del Concejo de Toledo impugnadas por el demandante se ajustaron a la ley y, en consecuencia, el señalamiento de fecha para elegir Personero no fue inoportuna. Y en cuanto a la elección misma, cree el Tribunal que fue hecha con el número de votos que exige la Constitución, pues ella se refiere a los dos tercios de los asistentes y no de los integrantes del Concejo como lo alegaba el actor.

Respecto a la petición de reintegro del señor Odilio López y a las subsidiarias que contiene el libelo, la sentencia recurrida las desecha por encontrarlas extrañas al contenido que legalmente corresponde a los procesos electorales.

Apeló el demandante para insitir ante esta Sala en sus argumentaciones iniciales. Y el doctor Gilberto Gartner Posada, fiscal 2o. del Consejo, conceptuó que debía confirmarse la decisión del Tribunal.

Estos son los antecedentes del juicio que va a resolverse con base en las siguientes consideraciones:

El Parlamento, como legislador supremo de la Nación, y el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, han dictado normas claras y precisas para regular el funcionamiento de los Concejos Municipales.

Así el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 49 de 1932, con apoyo en el artículo 161 del Código Político y Municipal, les impone el deber de expedir mediante Acuerdo un reglamento interno que ha de contener todas las provisiones indispensables para que la Corporación cumpla en forma cabal y ordenada las tareas que la Constitución y las leyes le atribuyen, para que sus debates se desarrollen con la serenidad que exige el mutuo respeto de las distintas opiniones expresadas y para que los Concejales conozcan de antemano los días destinados a las sesiones ordinarias.

Claro está que cuando estos días han sido prefijados en el reglamento no es necesario para la validez de la reunión que el Presidente o el Vicepresidente del Concejo convoquen a sus miembros, según lo enseña el artículo 6o. de la Ley 5a. de 1929. Pero es obvio también que si el reglamento no existe o nada expresa en cuanto a las fechas de las sesiones ordinarias, aquel precepto no puede regir y, en cambio, ha de darse aplicación a lo ordenado en el artículo 1o. del Decreto 49, que exige la citación personal y colectiva de los Concejales con la indicación precisa de los temas que vayan a tratarse en la reunión. De otra suerte, la falta de esta formalidad podría llevar al funcionamiento irregular del Concejo o a la exclusión premeditada de alguno o de algunos de sus miembros para impedirles el ejercicio de sus derechos como integrantes de la Corporación.

Al aplicar estas reflexiones en el asunto *sub judice,* donde consta en el expediente (F. 19) que el Concejo de Toledo no tiene reglamento y que sus miembros no fueron citados personalmente para las sesiones del 19 y el 23 de diciembre de 1970, según se desprende del certificado del folio 20, queda en claro que no hubo convocatoria regular y legítima para tales reuniones y que la presencia espontánea de cinco Concejales en la primera de ellas y de siete Concejales en la segunda, según rezan las respectivas actas, no es suficiente para convalidar esta omisión fundamental, desde luego que ni en aquella en que se convino la fecha para elegir Personero ni en el acto mismo de la elección asistieron la totalidad de los integrantes del Cabildo y, por ende, alguno o algunos de los ocho Concejales que legalmente forman la Corporación quedaron privados del derecho de intervenir en las deliberaciones o de votar, por la circunstancia, no imputable a ellos, de que nadie les hizo conocer la fecha y hora en que las sesiones habrían de realizarse, como era de rigor hacerlo, según quedó visto.

Al quebrantarse así lo estatuído por el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 49 de 1932, aplicable en este caso por no tener reglamento el Concejo de Toledo, vino también a resultar ineficaz el señalamiento de día y hora para elegir Personero y a desconocerse por este medio lo preceptuado por el artículo 2o. del mismo Decreto, que exige un lapso mínimo de tres días de intermedio entre el aludido señalamiento y la elección de que se trate.

Los razonamientos anteriores conducen forzosamente a concluir que la elección del señor Enrique Cardona Toro como Personero de Toledo adolece de nulidad, máxime aún si se tiene en cuenta que fue hecha mediante proposición aprobada por cinco de los Concejales y no por votación individual y secreta en papeleta escrita, que es la forma regular de elegir tanto en los comicios populares como en las corporaciones públicas.

Habrá de revocarse entonces la sentencia apelada para declarar, en cambio, que es nula la elección impugnada y denegar las demás súplicas de la demanda por ser impropias de un juicio electoral.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal 2o. 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 en su lugar se dispone:

a) Es nula la elección del señor Enrique Cardona Toro como Personero Municipal de Toledo que ha sido impugnada en este juicio;

b) No se accede a las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase y comuníquese.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en la sesión del 7 de diciembre de mil novecientos setenta y uno.

Alfonso Arango Henao — *Juan Hernández Sáenz*

Osvaldo Abello Noguera — *Nemesio Camacho R.*

Alfonso Castilla Saiz — *Jorge Dávila Hernández*

Hernando Gómez Mejía — *Miguel Lleras Pizarro*

Lucrecio Jaramillo Vélez — *Alvaro Orejuela Gómez*

Carlos Portocarrero Mutis — *Gabriel Rojas Arbeláez*

Gustavo Salazar T. — *Rafael Tafur Herrán*

Hernando Franco Rojas
Secretario

TITULO VI

Juicios de Revisión de Impuestos

CAPITULO UNICO:

Impuestos Nacionales

REVISION DE IMPUESTOS

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN JUICIOS DE IMPUESTOS. Si la deficiencia probatoria en un juicio de esta índole se debe a la desaparición de sus antecedentes administrativos, que habrían de reposar en una oficina gubernamental, ha de resolverse en favor del contribuyente cualquier oscuridad que se derive de la ausencia de aquéllos.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

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

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

Ref: Expediente No. 1892.

La antigua Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca le liquidó a la señora Fanny Mallarino de Videla el impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales correspondiente al año de 1954 por el sistema de la comparación patrimonial. La gravó asi en la suma de $49.096.53.

Luego de pagar el impuesto, reclamó la señora de Videla con el aserto de que la diferencia en el monto de su patrimonio entre los años de 1953 y

1954 obedeció a un aumento en los avalúos catastrales de varios predios que le pertenecían. Pero la División de Impuestos Nacionales, por Resolución R-2796-H del 21 de julio de 1961, confirmó la liquidación primitiva del tributo.

Esta providencia se le notificó al representante de la señora de Videla el 17 de agosto del mismo año (F. 7 v) y el 17 de noviembre siguiente, promovió juicio de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 12). La demanda fue admitida por auto del 23 de noviembre (f. 13) y en él se ordenó comunicarle la admisión a las autoridades tributarias y solicitarle a la División de Impuestos Nacionales el envío de los antecedentes administrativos del caso. Así se hizo mediante oficios fechados el 13 de febrero de 1962, cuyas copias obran a folios 14 y 15 del proceso.

Pero después de largo y dispendioso trámite, que demoró en forma insólita la iniciación real del juicio, vino a saberse el 16 de septiembre de 1964 (f. 26) que los antecedentes administrativos, calificados en comunicaciones anteriores como parte del "archivo muerto" de esa oficina gubernamental, habían sido destruídos y, por esa circunstancia, no pudo cumplirse la orden perentoria y reiterada del Tribunal.

Quedó asi privado el juicio de elementos de esencial importancia para dirimirlo con pleno conocimiento de causa, pues las copias que adujo la actora con el ánimo de reconstruir los antecedentes destruídos son incompletas, ya que falta el texto de su declaración de renta y patrimonio por el año de 1953, base indispensable para el análisis pormenorizado del asunto *sub judice.*

En estas circunstancias, el Tribunal resolvió acceder a las súplicas de la demandante por encontrar que la desaparición de los antecedentes administrativos no le era imputable a ella y que el aserto de la contribuyente hecho en el texto de su denuncia de bienes y rentas por el año de 1954 en cuanto a que el incremento de su patrimonio se debía al aumento del avalúo catastral de sus inmuebles no fue realmente desvirtuado por las autoridades de impuestos y, menos aún, hasta el punto de que legalmente se justificara la aplicación del sistema extraordinario de la compración de patrimonios para fijarle el monto de los gravámenes a su cargo. Asi consta en la sentencia del 2 de julio de 1971, que es materia de consulta ante esta Sala.

SE CONSIDERA:

Conforme al artículo 278 del Código Contencioso Administrativo, en los juicios sobre impuestos las pruebas y actuaciones cumplidas ante las autori-

dades tributarias son materia cardinal de la controversia, hasta el punto de que puede entenderse que en estos juicios sólo hay lugar a completar o a mejorar las pruebas aducidas inicialmente durante el trámite gubernativo.

De aquel precepto se deduce entonces que los funcionarios de impuestos están en el deber ineludible de conservar con esmero y orden los expedientes que contengan las reclamaciones hechas por quienes pagan los tributos, cuando menos por el lapso que establece la ley para la caducidad de las acciones que éstos tienen derecho a instaurar ante los tribunales de lo contencioso y un plazo razonable adicional, en espera de que se les solicite el envío de esas documentaciones, que el artículo 279 del Código llama "antecedentes de la actuación administrativa" y que de todos modos han de allegarse al proceso, porque esa norma le impone al ministerio público la obligación de pedir siempre que asi se haga.

Y no puede pensarse que las oficinas de impuestos lleguen a destruir algunos de tales antecedentes por ignorar la existencia del juicio de revisión de impuestos relativo a ellos, es decir sin que pueda imputárseles negligencia o descuido en esa destrucción, desde luego que el artículo 126 del mismo Código, que rige para los juicios sobre impuestos conforme al artículo 274, dispone que en el auto admisorio de la demanda se le comunique esa admisión a la agencia gubernamental de donde provenga el acto impugnado, con el fin de que esa agencia sepa que se inició el proceso, procure la defensa del interés público que represente o, cuando menos, conserve en orden y a disposición del tribunal del conocimiento las actuaciones y los documentos atañederos al asunto *sub judice.*

Es entonces muy claro que si la deficiencia probatoria en un juicio de esta índole se debe a la desaparición de sus antecedentes administrativos, que habrían de reposar en una oficina gubernamental, ha de resolverse en favor del contribuyente cualquier oscuridad que se derive de la ausencia de aquellos, porque las omisiones o negligencias de los funcionarios de impuestos no pueden aprovecharles a ellos, ni tampoco a los intereses que les corresponde tutelar con espíritu ecuanime y sereno.

Las reflexiones que se dejan hechas, muestran que es acertada la decisión del Tribunal que se consulta, desde luego que la oscuridad existente en cuanto al detalle de la denuncia que de sus bienes raíces hizo la señora Mallarino de Videla en el año de 1953 obedece a que los antecedentes administrativos de este juicio fueron destruídos por las autoridades tributarias, según quedó visto. Y como el certificado expedido por la División de Catastro de Bogotá que se trajo a los autos (fs. 24 a 26, C. 3o) tampoco permite establecer a ciencia cierta el monto de los avalúos catastrales que tuvieron en 1953 y en 1954 muchos de los inmuebles declarados por dicha

señora en este último año, porque antes de él estaban incluídos en solares de mayor extensión, deben resolverse en favor de la actora las dudas resultantes, conforme a lo ya expuesto, y deben acogerse las conclusiones a que llegó el fallador de primera instancia, que dicen así:

"A pesar de estas dificultades es necesario tener en cuenta que la afirmación hecha por la contribuyente debía considerarse cierta, en principio, y que por tratarse de un sistema excepcional de liquidación de los impuestos y por lo tanto de aplicación restrictiva, la administración para rechazar la explicación dada por no encontrarla satisfactoria, ha debido fundamentar ese rechazo, haciéndole ver a la contribuyente que los predios denunciados no eran los mismos, o que se habían producido compras de nuevos inmuebles durante el año gravable; porque si nada de ello ocurrió, si era aceptable la explicación suministrada en la declaración de renta y la diferencia correspondería efectivamente al aumento de los avalúos correspondientes.

Por tanto, considera el Tribunal que la administración no fundamentó en debida forma el rechazo de una explicación dada por la demandante tanto en su declaración de renta como en la argumentación en que basó el recurso interpuesto, y por lo tanto no podía proceder a liquidar sus impuestos por el sistema de comparación de patrimonios.

Se tiene también, como última consideración que corrobora las anteriores, que es del caso darle aplicación al artículo 62 del Decreto 1651 de 1961 en el cual se ordena resolver las dudas existentes de vacíos probatorios a favor del contribuyente, si no hay manera de eliminarlas. Porque aunque este decreto es muy posterior a la fecha en que se hizo la liquidación y se falló el recurso interpuesto, se encuentra vigente en la actualidad, cuando el Tribunal va a fallar en definitiva el asunto y va a practicar una nueva liquidación. Por este decreto se dictaron normas procedimentales que son de orden público y de aplicación inmediata y además el mismo decreto en el inciso 3o. de su artículo 148 prescribe:

"Los recursos pendientes de fallo, se rigen por las disposiciones anteriores, inclusive por las que hacen referencia a los intereses moratorios causados durante el período anterior al fallo, pero una vez resuelto el recurso pendiente, comenzarán a aplicarse las normas del presente Decreto".

Se impone, en consecuencia, confirmar el fallo consultado.

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:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 16 de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

Miguel Lleras Pizarro *Gustavo Salazar T.*

Hernando Gomez Mejía *Juan Hernández Sáenz*

Hernando Franco Rojas
Secretario

A 378-XXI 2/AIp.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTO DE RENTA. *Efectos tributarios de la capitalización directa de reservas para repartir acciones como dividendos forzoso a los socios y de la capitalización de dividendos como aporte adicional y nuevo al fondo social (Art. 26 del Decreto 437 de 1961).* **El artículo 26 del Decreto 437 regula la materia así: el primer inciso fija los efectos tributarios de la capitalización directa de reservas para repartir acciones como dividendo forzoso a los socios; el segundo, regula lo relativo a la capitalización de dividendos como aporte adicional y nuevo al fondo social; y el inciso tercero hace una excepción a lo previsto en el primero cuando se trata de catapitalizar la reserva hecha para la protección y recuperación de activos representados por maquinaria y equipo industrial adquiridos antes de 1957, no porque en este caso cambie el principio general sobre la capitalización directa de reservas sino en consideración a la importancia económica que tiene para el país la renovación oportuna de equipos industriales, a pesar del aumento ya crónico que ha tenido la cotización de las monedas de los países que fabrican esas maquinarias con respecto al peso colombiano.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., septiembre treinta de
mil novecientos setenta y uno.

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

Referencia: Expediente No. 1912.

La administración de impuestos Nacionales de Bogotá gravó a don Arturo Samper Ortega con la suma de $133.129.44 por concepto del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales correspondientes a 1961 porque le computó dentro de sus ingresos un dividendo en acciones pagado por "Colombiana de Capitalización" por el precio comercial de las acciones y no por su valor nominal, que había sido la base para liquidar el dividendo, y porque no le aceptó como renta exenta una partida que llamó "gastos de representación" en la denuncia de renta y patrimonio.

Reclamó el contribuyente con resultado infructuoso y hubo de acudir entonces ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para impetrar que se revisara su liquidación en lo relativo al cómputo dentro de sus ingresos de aquel dividendo en acciones, por entender que las autoridades tributarias habían quebrantado el Decreto 437 de 1961 en su artículo 26.

El Tribunal, en sentencia del 11 de agosto de 1971 que ahora se consulta, accedió a las peticiones del demandante.

La consulta es procedente y, por ello, esta Sala considera:

Como en las sociedades anónimas no es obligatorio para el accionista aumentar su aporte de capital, cuando quiera que la asamblea general busque incrementar el fondo de la compañía con utilidades repartibles entre los asociados o con reservas voluntarias que haya resuelto distribuir entre ellos como dividendo, ha de darles opción a éstos para que reciban su dividendo en dinero o lo tomen en acciones por un precio que no podrá ser inferior al valor nominal que ellas tengan estatutariamente. Aquí el accionista de modo voluntario y con dinero suyo aumenta el aporte. Por ello, ese aporte adicional debe representársele en acciones de la sociedad, computadas por su valor nominal como se hizo con su aporte primitivo al tiempo de constituírse la compañía.

Pero el caso es diferente cuando la junta general de socios decide aumentar el fondo mediante la capitalización directa de reservas constituídas voluntariamente y de antemano por la compañía, es decir, cuando emite el número de acciones equivalente al monto de la reserva llevada a incrementar el capital y las distribuye entre los socios en proporción a las que tenían antes.

En efecto, dentro de la primera hipótesis, el capital se aumenta con fondos que habían pasado a pertenecer al accionista en calidad de dividendo y que podía retirar en las oportunidades pertinentes. Hay un nuevo aporte en este caso. Y en la segunda, el incremento se hace con la capitalización directa de reservas que eran de propiedad exclusiva de la compañía y sobre las cuales el socio no tenía ningún derecho actual e inmediato y, menos aún, el de recla-

mar cuota alguna de ellas por su simple carácter de accionista, es decir, se hace por obra y a expensas de la sociedad y representa para el socio un ingreso o beneficio que afecta a la vez su renta y su patrimonio. Equivale fiscalmente a un enriquecimiento extraordinario, que es renta de acuerdo con la ley, y a que lo hubiera destinado a comprar acciones de su compañía al precio que ellas tengan en el mercado.

Por estas razones, el artículo 26 del Decreto 437 regula en forma distinta los dos casos analizados, cuando a la letra expresa:

> "Los dividendos recibidos en acciones constituyen renta bruta por el valor comercial de ellos en el momento en que los dividendos se hagan exigibles, según su cotización en bolsa. A falta de esta cotización el valor de la renta se determinará de acuerdo con el precio que les asigne a las acciones la Superintendencia de Sociedades Anónimas.
>
> Los dividendos recibidos en acciones, cuando esta forma de pago haya sido opcional para el accionista, constituyen renta por el valor en dinero del respectivo dividendo.
>
> Los dividendos en acciones provenientes de capitalización de la reserva del 15o/o prevista en el artículo 172 de este Decreto se computarán en la renta bruta de los accionistas por el valor nominal de las acciones".

El primer inciso fija los efectos tributarios de la capitalización directa de reservas para repartir acciones como dividendo forzoso a los socios. El segundo regula lo relativo a la capitalización de dividendos como aporte adicional y nuevo al fondo social.

Y el inciso tercero hace una excepción a lo previsto en el primero cuando se trata de capitalizar la reserva hecha para la protección y recuperación de activos representados por maquinaria y equipo industrial adquiridos antes de 1957, no porque en este caso cambie el principio general sobre la capitalización directa de reservas si no en consideración a la importancia económica que tiene para el país la renovación oportuna de equipos industriales, a pesar del aumento ya crónico que ha tenido la cotización de las monedas de los países que fabrican esas maquinarias con respecto al peso colombiano.

Las reflexiones anteriores llevan a encontrar muy claro que como en el asunto *sub judice* el aumento del fondo social de "Colombiana de Capitalización" se hizo mediante la capitalización voluntaria de dividendos por parte de sus accionistas, según se lee al folio 10, sólo es renta para ellos el valor en dinero de tales dividendos, conforme lo estatuye el artículo 26, inciso segundo, del Decreto 437 de 1961.

Asiste pues razón al demandante, como lo dijo el Tribunal *a quo* en la sentencia consultada que, por ende, habrá de confirmarse.

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:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 30 de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

Miguel Lleras Pizarro *Gustavo Salazar T.*

Hernando Gómez Mejía *Juan Hernández Sáenz*

Hernando Franco Rojas
Secretario

A 379- XVI 2/AIp

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTO DE RENTA.— *Cargas tributarias que deben soportar las ganancias obtenidas por una sociedad en distintos países.* **Dentro del régimen del impuesto sobre la renta y sus complementarios vigente en Colombia antes de la ley 81 de 1960, el artículo 5o., de la Ley 78 de 1935 consideraba gravable para las sociedades anónimas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, la renta líquida "que provenga de toda propiedad poseída en Colombia y de todo negocio, industria, comercio, profesión u ocupación que tenga en el país, y de cualquier otra fuente dentro de éste, sea cual fuere el lugar donde se perciba dicha renta", es decir, el ingreso recibido o cuando menos causado dentro del territorio nacional, deducido el monto de las expensas hechas para lograr la ganancia.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, septiembre treinta de
mil novecientos setenta y uno.

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

La antigua Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca fijó en $ 102.500,94 el valor del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales a cargo de Assicurazioni Generali S.A. por el año de 1957. Pero la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, mediante Resolución 6667 de 1959 revisó oficiosamente la liquidación para incluir en la renta de Assicura-

zioni una partida llamada "reaseguros Casa Matriz", no gravada inicialmente y en el patrimonio de la misma el valor de los Bonos Nacionales Consolidados que le pertenecían. Quedó así elevado el tributo a la suma de $ 206.538.72.

La compañía recurrió contra esta nueva liquidación con fundamento en que los Bonos Nacionales Consolidados no podían gravarse con el impuesto sobre el patrimonio, en que el ingreso por concepto de reaseguros no lo devengó la sucursal de Assicurazioni en Colombia sino su casa matriz, domiciliada en Italia, y en que por tratarse de reaseguros contratados en el extranjero, las primas recibidas por el reasegurador no eran gravables de acuerdo con la ley tributaria colombiana.

La División de Impuestos Nacionales sólo encontró procedente el reclamo en cuanto a los Bonos, pues en lo que atañe a las primas de reaseguros dijo que eran renta gravable en el país porque su fuente material era Colombia y porque la sucursal de Assicurazioni no es sociedad distinta de la casa matriz italiana sino sólo una prolongación de ella para extender el desarrollo de sus actividades propias en lugar distinto del de su domicilio principal. Mantuvo empero la liquidación impugnada porque el nuevo cálculo que hizo resultaba más gravoso para la reclamante que aquella liquidación.

En estas circunstancias, Assicurazioni Generali promovió juicio de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y dijo que la liquidación de que se trata es violatoria de los artículos 1o. y 5o. de la Ley 78 de 1935, 25 y 27 del Decreto Reglamentario 818 de 1936 y 2o. del Decreto 1397 del mismo año, porque entiende que le fueron gravadas unas rentas que no obtuvo ella dentro del desarrollo de sus negocios propios en el país, sino su casa principal, domiciliada en Italia, y como efecto de unos contratos de reaseguros celebrados directamente por ella con una aseguradora colombiana, la Granadina de Seguros, para la prestación de un servicio en el exterior, motivo por el cual esas rentas tampoco eran gravables en cabeza de la casa matriz, pues las estima generadas fuera del territorio nacional. Aseveró también que al incluirse en la renta de la actora el total de las primas de reaseguros, ninguna deducción le fue admitida por concepto de las expensas necesarias para producir esa renta, expensas que, en tratandose de compañías de seguros, tienen un régimen especial. Por ello, cree que también el acto acusado incurrió en violación de la ley.

Sostuvo de otra parte, que los Bonos Nacionales Consolidados están exentos de impuestos y que al gravarlos la liquidación impugnada contradijo la ley.

El Tribunal, en fallo del 22 de julio de 1970, sólo accedió a lo pedido en cuanto a los Bonos Nacionales Consolidados y apelaron entonces la demandante y el Fiscal 2o. del Tribunal.

Ante el Consejo la Compañía insistió en sus planteamientos iniciales. La Fiscalía del Tribunal no sustentó su apelación. Y el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. de esta Corporación, conceptuó que debía confirmarse el fallo recurrido.

Estos son, en síntesis, los antecedentes del asunto que debe ahora resolver la Sala, con base en las consideraciones que van a expresarse:

Las sociedades y las personas físicas deben tener un domicilio como centro de sus actividades o negocios. Pero si el ámbito territorial de éste resulta estrecho para el desarrollo de las finalidades institucionales del ente colectivo, puede establecer sucursales o agencias dentro o fuera del país donde se organizó no como personas nuevas y autónomas de la casa principal, sino como prolongaciones en el espacio de su propia y única personalidad jurídica.

Claro está que la sucursal o agencia fundadas en el extranjero deben sujetarse a la ley nacional respectiva, porque así lo exigen el respeto a la soberanía de cada Estado por parte de los demás y el principio de la aplicación territorial de las leyes, que se deriva de aquel.

Es entonces muy claro que las operaciones realizadas por la sucursal o la agencia, sean criollas o foráneas, en cumplimiento del objeto social común, producirán ganancia o pérdida para toda la compañía, que habrá de consolidar en cada ejercicio y en la casa matriz el resultado económico de las labores que se desarrollaron durante la vigencia respectiva.

Sin embargo, en lo que atañe a las cargas tributarias que deban soportar las ganancias obtenidas por una sociedad en distintos países, sea a través de las sucursales que tenga en ellos, o por gestión directa de la casa principal, habrá de estarse a lo dispuesto en las respectivas legislaciones nacionales, aunque es frecuente que los Estados sólo graven las rentas producidas dentro de su territorio y, en ocasiones, las que obtengan sus residentes aunque se generen fuera del país.

Así, dentro del régimen del impuesto sobre la renta y sus complementarios vigente en Colombia antes de la Ley 81 de 1960, el artículo 5o. de la Ley 78 de 1935 consideraba gravable para las sociedades anónimas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, la renta líquida "que provenga de toda propiedad poseída en Colombia y de todo negocio, industria, comercio,

profesión u ocupación que tenga en el país, y de cualquier otra fuente dentro de éste, sea cual fuere el lugar donde se perciba dicha renta", es decir, el ingreso recibido o cuando menos causado dentro del territorio nacional, deducido el monto de las expensas hechas para lograr la ganancia.

Se desprende de allí que, dentro de ese régimen, el lucro obtenido por una firma extranjera de tal índole, sea en forma directa o por la actividad de sucursal suya en Colombia, debía pagar el impuesto sobre la renta y, si fuere el caso, la sobretasa al exceso de utilidades. Y que, en el evento de que la casa matriz percibiera rentas independientes a las de la sucursal, aquellas debían acumularse a las de ésta para efecto del gravamen, por corresponder ambas a una misma persona jurídica, según quedó visto, es decir, a un mismo sujeto pasivo tributario.

La reflexiones hechas permiten el análisis concreto del asunto *sub judice:*

Aparece de autos que la demandante es una sucursal de la firma "Assicurazioni Generali, Trieste, Sociedad Anónima", cuyo domicilio principal es Roma, República Italiana y que la Superintendencia Bancaria le dio autorización para trabajar como compañía de seguros en Colombia.

Aparece también que la empresa "Granadina de Seguros S.A.", que es colombiana, celebró con la casa principal de Assicurazioni varios contratos de reaseguro por los riesgos de incendio, robo, cumplimiento y transportes que la Granadina tomará a su cargo; que los contratos fueron suscritos por las partes en Bogotá y Trieste, respectivamente; que, en desarrollo de tales contratos, la reaseguradora recibió por concepto de primas en 1957 la suma de $ 244.847.51, según se lee en la declaración de renta y patrimonio presentada por la demandante, que es sucursal suya, y en el anexo a esa declaración que obra al folio 41 (Cuaderno de Antecedentes), donde ese valor y el de unos dividendos se agrega a las demás utilidades de la sucursal, bajo un rubro general que reza: "Más utilidades de Casa Matriz" y con el subtítulo que dice: "Ganancias netas S / Reaseguros $ 244.847.51".

No cabe duda entonces de que si, como queda visto, los contratos celebrados por la Granadina y Assicurazioni atañen al reaseguro de riesgos asumidos por la primera en Colombia, se causó en el país para la segunda una renta consistente en percibir la parte proporcional de las primas de seguro recaudadas por la Granadina que correspondiera a la cuota del riesgo que Assicurazioni tomará a su cargo en calidad de reaseguradora.

Y no obsta para que tal ingreso sea gravable conforme a la ley colombiana la circunstancia de que los contratos fueran suscritos directamente por la Casa Matriz de Assicurazioni y no por la sucursal criolla, desde luego que,

aún en la hipótesis de que no hubiese tenido un domicilio en el país, habría estado obligada a pagar el tributo, según el artículo 5o. de la Ley 78 de 1935; y al tenerlo, como lo tuvo en 1957, esa utilidad debía acumularse a las que consiguió la sucursal colombiana que, para el efecto de satisfacer el impuesto correspondiente a dicha ganancia, podía ser considerada por la casa principal como una intermediaria suya, tal como la consideró para fines de recibir las primas por concepto de reaseguros, según se ha sostenido en el proceso.

Estuvo pues ajustado a derecho lo resuelto por las autoridades de impuestos cuando gravaron en cabeza de la demandante las primas de reaseguros devengadas por su casa principal. Y no es del caso entrar a examinar la argumentación consistente en que no se reconocieron deducciones por concepto de este ingreso, ya que la propia actora en su denuncia de renta lo califica de "Ganancias netas S / Reaseguros", conforme se lee al folio 41 del Cuaderno de Antecedentes, lo cual descarta y hace inútil cualquier discurso relativo al tema.

Debe advertise que las primas de reaseguro no constituyen por sí mismas ingreso neto sino que son castigables con las deducciones que autorice la ley y que demuestre en concreto el contribuyente.

Habrá de mantenerse entonces la decisión del Tribunal en cuanto a este aspecto del litigio. Y en lo que respecta a los Bonos Nacionales Consolidados, también se acomoda a la ley el fallo recurrido.

Pero al examinar la liquidación que trae dicho fallo, se observa que adolece de algunos errores y que no indicó la suma que debe restituírse a la actora, como lo ordena la ley. Tomó si como base la liquidación oficiosa inicial (f. 6, C. 1o.) y no la de los folios 9 y 10 (ibid), en lo cual obró con acierto porque esta última no fue motivo de controversia en el juicio y ni siquiera fue hecha efectiva por las autoridades de impuestos, tal como se lee en el folio 10.

Al enmendar estos errores, la liquidación definitiva viene a quedar así:

Patrimonio

El gravable inicialmente	289.261.76	1.365.09

Renta

Gravable definitiva	556.516.81	
Impuesto a la tarifa del D. 2317/53	114.235.41	
Menos diferencia de tarifas así:		
(Impuesto a la tarifa L. 81/31 = 41.096.34)		
D. 2.317/53 $\frac{114.235.41 \times 4.500.26}{556.516.81} = 923.76$		
L. 81/31 $\frac{41.096.34 \times 4.500.28}{556.516,81} = 332.33$		
	591.43	113.846.98
5°/o Dividendos S.A.		2.046.19
SUMAN.		117.259.26

Exceso de Utilidades

Renta gravable		556.516.81
Menos 12°/o S/patrimonio base	225.973.59	
Impuestos liquidados	117.259.26	343.232.85
Exceso gravable		213.283.96

3°/o S/. 1.883.113.27	$ 56.493.40	al 18.75°/o	10.592.51
3°/o S/. 1.883.113.27	56.493.40	al 21.75°/o	12.287.31
Saldo	100.297.16	al 26.50°°/o	26.578.76
Sumas	213.283.96		49.456.58

Mas 50°/o de recargo S/gn D. 391/57	24.729.29	74.187.87
		191.447.13
4°/o S/. 360.069.67 Inversión Paz del Río		14.402.19
Total a cargo del contribuyente		205.849.32

Como la contribuyente pagó según recibos que reposan en el expediente, por concepto de impuesto básico de renta, complementarios de patrimonio y exceso de utilidades y del 5º/o S/. dividendos la suma de $ 196.159.37; y de inversión en acciones de Acerías Paz del Río 14.374.09, resulta un mayor valor con relación a la nueva liquidación de $ 4.684.20, que habrá de serle restituído.

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:

1. Confírmase el numeral primero de la sentencia apelada;

2. Refórmase el numeral segundo de la misma sentencia, así:

a) Fíjase en la suma de doscientos cinco mil ochocientos cuarenta y nueve pesos con treinta y dos centavos, moneda corriente, ($ 205.849.32 M/C.) el valor del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales a cargo de "Assicurazioni Generali S.A." por el año gravable de 1957.

b) Como consecuencia de la revisión ordenada en este fallo, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá deberá restituírle a la firma "Assicurazioni Generali S.A.", dentro del plazo que para el efecto concede el artículo 121 del C.C.A., la suma de cuatro mil seiscientos ochenta y cuatro pesos con veinte centavos, moneda corriente ($ 4.684.20 M/C) pagados en exceso por concepto del impuesto de que se trata.

Si no lo hiciere dentro de dicho término, deberá pagarle intereses a la demandante, a la tasa del 8º/o anual (Ley 81 de 1931, artículo 8o.) y por todo el tiempo que demore en hacer la restitución que se dispuso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase y cúmplase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 30 de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

Miguel Lleras Pizarro *Gustavo Salazar T.*

Hernando Gómez Mejía *Juan Hernández Sáenz*

Hernando Franco Rojas
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

COPIA DEL ACTO ACUSADO.– *Finalidad y forma de la constancia de su notificación.* **Resulta formulismo exagerado entender que si no se trajo copia completa de la diligencia de notificación sino apenas noticia suscinta de la fecha en que ella se hizo, la demanda debe rechazarse por carecer de uno de sus requisitos legales.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, octubre veintiocho de
mil novecientos setenta y uno.

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

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 28 de mayo de 1971, no admitió la demanda presentada por *"Pan American World Airways Inc."* para solicitar que se revisara su liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales correspondiente a 1964. Se fundó el Tribunal en que la copia de uno de los actos acusados no tenía la constancia de su notificación y ejecutoria, pues la nota respectiva la encontró sin firma responsable.

Interpuso apelación la compañía y dijo que al principio de la copia del aludido acto se da testimonio de que éste fue notificado el 15 de enero de 1971 y al final de ella hay certificado de su fidelidad con el original, datos que, en su sentir, no dejan duda sobre la fecha de la notificación y que refuerza con certificado del Jefe de Grupo de Secretaría de la Dirección General de Impuestos Nacionales, donde se corrobora que tal notificación fue hecha el 15 de enero de 1971 al apoderado de la contribuyente. Asevera también que las informalidades o deficiencias en que incurran los funcionarios públicos al expedir o al dar a conocer sus proveídos no pueden ocasionar perjuicios a los particulares y, menos aún, el de privarlos del derecho de impugnarlos ante los tribunales de lo contencioso administrativo.

SE CONSIDERA:

Ciertamente las demandas que se presenten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben reunir los requisitos que la ley exige para su admisibilidad y uno de ellos es que se aduzca copia del acto o de los actos acusados con el testimonio de su notificación. Pero resulta formulismo exagerado entender que si no se trajo copia completa de la diligencia de notificación sino apenas noticia suscinta de la fecha en que ella se hizo, la demanda debe rechazarse por carecer de uno de sus requisitos legales, desde luego que el conocimiento de esta fecha basta para saber si el actor obró en tiempo al acudir ante lo contencioso y este es el fin buscado por la ley cuando hace aquella exigencia.

Es entonces muy claro que en el caso *sub judice* la atestación que aparece al principio del folio 6, que tiene el amparo del sello de una dependencia oficial y remata con la autenticación de la copia traída al proceso, da noticia cierta de que la providencia a que se refiere fue notificada a la demandante el 15 de enero de 1971. Y si a este se agrega que el certificado del folio 59 vuelto coincide en la misma aseveración, no cabe duda de que la demanda no adolece del defecto que se le halló en el auto apelado y que, por lo tanto, esa providencia debe revocarse para disponer, en su lugar, que sea admitida y continúe el juicio en la forma que prevé la ley.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

Revócase el auto apelado y, en su lugar, se ordena darle curso a la presente demanda y continuar el juicio en los términos de la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase,

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión del 28 de octubre de mil novecientos setenta y uno.

Miguel Lleras Pizarro *Juan Hernández Sáenz*

Gustavo Salazar T. *Hernando Gómez Mejía*

Hernando Franco Rojas
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

JUICIO DE IMPUESTOS.— En el contencioso de impuestos puede el litigante invocar con posterioridad a la demanda una ley que lo favorezca. Condiciones para que las autoridades judiciales declaren en firme la liquidación privada.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, noviembre cuatro de
mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Hernando Gómez Mejía.**

Ref. Exp. No. 1939
Impuestos. Actor: Alice Echavarría de Garcés. Consulta de la sentencia de 27 de agosto de 1971 del Tribunal Administrativo del Valle.

En el juicio de la referencia el Tribunal *a quo* determinó que la demandante Alice Echavarría Olózaga de Garcés sólo está obligada a pagar por el año gravable de 1961, por concepto de impuesto sobre la renta, patrimonio, complementarios y especiales la suma de $ 157.203.15 cantidad ésta que se fijó para reclamar por la vía contenciosa y que es exactamente la que el actor

pidió que se mantuviese en firme; declaró en consecuencia sin validez legal la operación administrativa contenida en la notificación No. 03504 de 14 de febrero de 1964 de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali y la resolución No. R–04798–H de 30 de diciembre de 1969 de la Dirección General de Impuestos Nacionales por medio de las cuales se determinaron los impuestos de la reclamante por el año de 1961. Como consecuencia de todo ello se ordenó devolver a la actora la suma de $ 65.003.79, más la cantidad de $ 588.05 por concepto de suscripción de acciones en Acerías Paz del Río dando en relación con esta última partida las opciones que el Consejo ha indicado en circunstancias similares.

El Tribunal después de hacer un análisis exhaustivo de las pruebas presentadas encontró que no era posible deducir a la reclamante una renta por comparación de patrimonios y que por lo mismo debía quedar en firme su liquidación para reclamar.

Dice al respecto el *a quo:*

> "Establecido en la forma como queda expresado por el dictamen pericial –el cual este Despacho ha analizado en concordancia con los demás documentos que obran en el proceso y en los antecedentes administrativos– que el incremento patrimonial obtenido en el año de 1961 tuvo como causa principal la valorización de acciones en las Sociedades Anónimas y Limitadas, y que hechas con esos elementos la conciliación patrimonial, la diferencia de los patrimonios entre los años de 1960 y 1961 fue solamente de $ 125.771.91, en tanto que la renta líquida denunciada por la señora Alice Echavarría Olózaga de Garcés por el año de 1961 fue de $ 167.708.24 (véase fs. 40 cuad. principal) es decir superior a la diferencia patrimonial mencionada, no es aplicable el artículo 54 de la Ley 81 de 1960, debiendo en consecuencia hacerse la liquidación de los impuestos conforme a las normas generales, y teniendo en cuenta las declaraciones y denuncios hechos por la contribuyente".

Un punto que no puede dejar de analizarse, porque es necesario para que quede claro el criterio del Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 36 de la Ley 63 de 1967 es el siguiente: el demandante sólo en forma muy tangencial aludió en la demanda a la tardía resolución del recurso ya que todas sus argumentaciones se orientaron a que se declarase en firme la liquidación para reclamar. Posteriormente en su alegato de conclusión ante el Tribunal, citando sentencias de esta Sala entre otras una de 18 de marzo de 1970, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Salazar T. solicitó expresamente que se declarase en firme la liquidación privada.

El Tribunal en la sentencia haciendo alusión a dicha petición, dice que no es del caso estudiarla porque no fue propuesta en la demanda que es la que

limita en los procesos contenciosos el ámbito de acción del juzgador. Sobre el particular se observa que no es porque tardíamente se haya pedido la aplicación de la Ley 63 de 1967 por lo que no puede accederse a lo pedido por el actor en el alegato de conclusión, toda vez que en realidad en una situación como esa no se trata propiamente de una operación de revisión sino de la constatación de un hecho consistente en que no se fallaron los recursos dentro del término indicado por el artículo 36 de la Ley 63 de 1967.

Con respecto a esto es aplicable lo que en sentencia de esta misma fecha dice la Sección Cuarta con ponencia del Consejero Dr. Miguel Lleras:

> "La demanda ahora rechazada no es de nulidad ni de revisión de impuestos. Se limita a pedir la comprobación de un hecho y su consecuencia legal. Concretamente a los efectos del silencio. Según la doctrina del Consejo recientemente adoptada el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 que sustituyó al 80 del Código Administrativo no es aplicable en materia de impuestos de renta y complementarios, o sea que no puede entenderse como decisión negativa que autoriza los recursos ante la jurisdicción administrativa porque fue implícitamente subrogado, para este efecto tributario, por las leyes que consagraron el silencio como resolución absolutoria. (El suscrito ponente salvó su voto en aquella ocasión por estimar que subsisten y no son incompatibles las dos especies de silencio)".

En el contencioso de impuestos no pueden aplicarse con el mismo rigor las normas que rigen el procedimiento civil en el cual las pretensiones se concretan en la demanda y en la respuesta, es decir, la llamada relación jurídico procesal, antiguamente definida como cuasi contrato de *litis contestatio.* De ahí por qué en tratándose de un proceso de legalidad, no es óbice el que se invoque con posterioridad a la demanda una ley que favorezca al litigante como lo hizo en este caso el señor apoderado de la demandante; por ese aspecto el Consejo no comparte el pensamiento del Tribunal.

Pero ocurre que lo que la ley 63 de 1967 en su artículo 36 dice es que cuando han pasado los términos sin que se hayan notificado y ejecutoriado las respectivas providencias, los recursos se entienden fallados a favor del contribuyente; por lo mismo no debe entenderse que siempre deben las autoridades judiciales declarar en firme la liquidación privada, eso dependerá de las circunstancias específicas y de las peticiones que concretamente se hicieron por la vía gubernativa.

Como el actor solicitó en el presente juicio que se le declarase en firme su liquidación para reclamar, aún aplicando el artículo 36 de la Ley 63, el juicio fue fallado en forma legal porque lo que se liquidó para reclamar fue mayor que lo deducido en la liquidación privada y por lo mismo no puede pretender

ahora que se le dé un privilegio que la ley ciertamente no ha concedido en el caso que nos ocupa.

Como al comparar las sumas realmente pagadas por la contribuyente con la liquidación para reclamar, el Tribunal se equivocó en lo relativo a la devolución por concepto de la inversión sustitutiva en acciones de Acerías Paz del Río y no hizo mención a los intereses por mora en el pago del mayor valor de impuestos tasados en la liquidación oficial inicial, es preciso modificar la parte resolutiva de la sentencia para ordenar que se devuelvan a la contribuyente, además de la cantidad de $ 65.003.79 por impuesto de renta, complementarios y especiales, las siguientes sumas:

Por Acerías Paz del Río.	$ 1.010.72
Por concepto de intereses.	21.126.21

La anterior devolución se ordena no obstante tratarse del recurso de consulta de acuerdo con sentencia de 3 de diciembre de 1970 dictada por esta Corporación, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Salazar T.

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:

Con las modificaciones hechas a la parte resolutiva, confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 4 de noviembre de 1971.

Miguel Lleras Pizarro *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Gustavo Salazar T.*

Hernando Franco Rojas
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS.— Plazos que tiene la Administración para practicar la liquidación oficial y la de revisión. Cuándo se entiende surtida la notificación de las liquidaciones.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, veinticinco de Noviembre de mil novecientos setenta y uno.

Proponente: **Miguel Lleras Pizarro**

Ref.: Radicación 1962. Consulta de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuestos de renta y complementarios por el año de 1963. Demandante: Armando Garcés Giraldo.

El actor presentó su declaración de renta y patrimonio por el año de 1963 el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) en la Administración de Hacienda Nacional de Cali. Acompañó liquidación privada de los impuestos por la suma total de quinientos noventa y nueve mil cincuenta y cuatro pesos con ochenta y nueve centavos ($ 599.054.89). La Administración le notificó liquidación oficial en el aviso número 3396, el

contribuyente reclamó oportunamente y el proceso terminó con la resolución número 2.636 de la dirección general de impuestos nacionales, notificada el veintitrés (23) de Diciembre de mil novecientos setenta (1970). Por este acto se accedió parcialmente a los reclamos propuestos y se redujo el valor del impuesto en la suma de $ 366.871.57.

Ante el tribunal del Valle se demandó la nulidad de los actos gubernativos y la revisión de la liquidación por:

1. La liquidación inicial se introdujo al correo después de vencido el término legal;

2. Subsidiariamente, la resolución fue pronunciada fuera del término legal y por tanto debe entenderse resuelta a favor de lo pedido por el contribuyente o deben reconocerse deducciones por gastos hechos en propiedades arrendadas por cuantía de $ 60.906.03.

El tribunal estimó no probadas las primeras causales alegadas y aceptó en cambio la última de deducir los gastos por la cuantía ya indicada.

Para resolver se considera:

En cuanto al primer punto, la extemporaneidad de la liquidación oficial, la dirección general de impuestos expresó:

"Estudiaremos en primer lugar la procedencia o improcedencia de la solicitud de anulación de la liquidación oficial en relación con la fecha de introducción al correo del nombrado documento. Alega el actor la nulidad del acto impositivo por habérsele notificado el día primero (1o.) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966) cuando su declaración de renta y patrimonio por el año fiscal de mil novecientos sesenta y tres (1963) había sido presentada el día treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) luego, los dos años de que disponía la Administración de Impuestos Nacionales de Cali para modificar la liquidación privada se cumplían el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966). Este Despacho, después de un concienzudo examen de los diferentes elementos de juicio que obran en el informativo, no puede compartir el criterio del actor porque, la liquidación oficial fue notificada el día treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) y no el primero (1o.) de abril del mismo año como erradamente se sostiene en la demanda. En efecto, la fecha de introducción al correo de toda liquidación oficial de impuestos se coloca en la parte superior de la primera hoja de tal documento y en la que nos ocupa aparece claramente el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) situación que está además certificada

por el señor administrador de impuestos nacionales de Cali en el sentido de que la planilla contentiva de tal liquidación se introdujo al correo el treinta y uno (31) de marzo pero que por un error del funcionario de los correos se estampó en esa liquidación además de tal fecha la del primero (1o.) de abril pero ya como acto posterior a la introducción al correo que en nada afecta al acto administrativo y mucho menos la responsabilidad de la oficina de impuestos".

El Tribunal se abstuvo de examinar este hecho y sus pruebas.

Está probado, folio dos (2) del cuaderno principal y reconocido por la dirección de impuestos, folio seis (6) del mismo cuaderno, que la declaración se presentó el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) en la mesa número ciento veinticinco (125) de la administración de impuestos nacionales de Cali y registrada con el número 281. En el aviso de liquidación oficial número 3396 aparecen dos fechas, la una impresa con sello de caucho y la otra impresa con el sello de máquina corriente de la administración de correos de Cali. La primera es del treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) y la segunda del primero (1o.) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966). En el folio cincuenta (50 del cuaderno de antecedentes administrativos figura el certificado suscrito por Miguel Zuluaga como jefe de recibo y despacho de la administración postal nacional de Cali en el que se lee: "Hace constar que la notificación de renta número 003396 dirigida al doctor Armando Garcés Giraldo fue introducida al correo ordinario en fecha primero (1o.) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966), según sello fechador estampado en la misma. Para aseverar lo antes anotado se firma hoy dieciocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967)". Este certificado aparece escrito en papel timbrado, refrendado por autógrafo, escrito en el original y con sello impreso en máquina. En el sello consta la fecha del dieciocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967). En el folio ciento cuatro (104) del mismo cuaderno aparece en papel sin timbre y como copia al carbón aunque con sello de la sección de liquidación de la administración nacional de impuestos nacionales de Cali con autógrafo del jefe de dicha sección señor José Héctor Arias Pérez el siguiente documento: "Los suscritos jefe de cuentas corrientes y supervisor de correo urbano de la administración postal nacional. Hacemos constar:

"Que de acuerdo a la revisión efectuada en el archivo de cuentas corrientes, la Administración de Impuestos de Cali, introdujo las liquidaciones de Impuesto sobre la renta del número 3.331 inclusive al 3.443 y el número 3.444 inclusive al 3.474 el día treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) relacionadas en las planillas marcadas con los números 1, 2, 3, 1.

"Santiago de Cali, agosto 19 de 1968.

"Fdo. Gonzalo Jiménez. Supervisor Correo urbano. Hay un sello ilegible. Fdo. Edilia de Campo. Oficinista Cuentas corrientes. Hay un sello que dice: "ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL Sección Contabilidad. Cali.

ES FIEL COPIA TOMADA DE UNA COPIA. Cali agosto 18 de 1969".

El primer certificado es el original de la oficina de recibo de los correos y coincide con el sello estampado que es el usado en todos los documentos análogos, en el aviso de notificación que original figura al folio tres (3) del cuaderno principal. El segundo certificado es copia de copia y a su turno figura escrito o impreso al carbón y quien lo suscribe es el jefe de la sección de liquidación de la misma administración nacional de impuestos.

El breve análisis anterior conduce a concluir que la verdadera fecha de introducción al correo fue la del primero (1o.) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

El artículo 24 del decreto 1.651 de mil novecientos sesenta y uno (1961) expresa: "La liquidación privada queda en firme y se convierte en definitiva, cuando no hubiere sido modificada por la liquidación oficial que se haya notificado dentro del mismo plazo que en este decreto se señala para practicar liquidación de revisión". Ese plazo, según el artículo 29 del mismo estatuto es el de dos (2) años contados a partir del día siguiente en que se presentó la declaración. Según el artículo 21, se entiende surtida la notificación en la fecha en que se haya introducido al correo el documento correspondiente. Según el artículo 59 del código de régimen político y municipal los plazos de días meses y años se entenderá que terminan a la media noche del ultimo día del plazo y según el artículo 60 cuando un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo.

Todo lo anterior enseña que la liquidación oficial del impuesto fue extemporánea. Es suficiente para decidir. Sin embargo es prudente comentar algunas de las observaciones que contiene la sentencia y de las que formula el demandante. Este último afirma que no es válida la notificación que se hizo al señor Alvaro Garcés Giraldo de lo resuelto por la dirección nacional de impuestos porque ya desde el quince (15) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho (1968) se había revocado tácitamente el poder conferido por Armando Garcés Giraldo a su hermano Alvaro Garcés mediante el otorgamiento de poder general al señor Armando Garcés Eder. Es cierto que según el artículo 2.190 del Código Civil la revocación puede ser tácita porque se

confiera el mismo encargo a distinta persona pero en el artículo siguiente se advierte que la revocación tácita sólo produce efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella y además el artículo 2.152 preceptúa que puede haber uno o más mandatarios. La revocación tácita es fácil distinguirla cuando se trata de poder especial o para encargo bien determinado pero cuando el poder es general resulta difícil distinguirla porque no hay inconveniente legal para que haya varios mandatarios generales y al contrario el mismo artículo 2.153 del código civil lo prevé. Por tanto es correcta la estimación del tribunal según la cual no se cumplió el término para considerar resuelta favorablemente la petición del señor Garcés puesto que fue notificado lo resuelto varios días antes de la expiración del plazo.

Aunque es discutible la validez de la prueba sobre los hechos alegados para reconocer la deducción de gastos el Consejo se abstiene, por innecesario, de examinar este punto.

Conforme a antigua doctrina del Consejo recientemente reiterada en las providencias que resuelven sobre liquidación de impuestos no se imponen obligaciones a cargo del estado sino simplemente se decide si la obligación a cargo del contribuyente ha sido legalmente deducida.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

Refórmase la sentencia consultada en el sentido de que la liquidación oficial número 3.396 de primero (1o.) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966) de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali fue extemporánea y por lo tanto la misma Administración debe devolver al señor Armando Garcés Giraldo por concepto de impuestos pagados en exceso por el año gravable de mil novecientos sesenta y tres (1963) la suma de quinientos cinco mil trescientos ochenta y siete pesos con treinta y siete centavos ($ 505.387.37).

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la sala de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

Gustavo Salazar Tapiero *Hernando Gómez Mejía*

Juan Hernández Sáenz *Miguel Lleras Pizarro*

Hernando Franco Rojas
Secretario

TITULO VII

Actos del Gobierno de Carácter Internacional

ACTOS DEL GOBIERNO DE CARACTER INTERNACIONAL

"LOS MONJES". Admisión de la demanda de nulidad contra la nota de 22 de noviembre de 1952 dirigida por el Ministro de Relaciones Exteriores al Embajador Extraordinario y Plenipontenciario de Venezuela en Colombia sobre los Islotes "Los Monjes".

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E. octubre veintidos de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo**

Expediente No. 1498

Se deciden los recursos de súplica, interpuestos oportunamente por el actor y el coadyuvante, contra el auto del señor Consejero ponente del 30 de marzo pasado, que negó la admisión de la demanda para que se declare la nulidad de la nota de 22 de noviembre de 1952 dirigida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores al señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia sobre los islotes "Los Monjes".

I *Los antecedentes.* Los recursos tienen los siguientes antecedentes:

1. *La demanda.* En la demanda, promovida por el doctor Alfonso Romero Aguirre, se pide que se declare la nulidad de la referida nota por ser violatoria de los Arts. 3o. y 120, Ords. 9o. y 20, de la Constitución en cuanto prescriben, respectivamente, que "las líneas divisorias de la República con las naciones limítrofes sólo podrán variarse en virtud de tratados públicos debidamente aprobados por el Congreso" y que corresponde al Presidente "dirigir las relaciones diplomáticas" y "celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios que se someterán a la aprobación del Congreso", por no haber sido observados, como correspondía.

2. *La coadyuvancia.* El doctor Alfonso Isaza Moreno pidió que se le tenga como parte para coadyuvar la acción, por los motivos expuestos en la demanda, lo que se dispuso por auto del 12 de febrero pasado.

3. *El auto recurrido.* El señor Consejero ponente, por auto del 30 de marzo pasado, negó la admisión de la demanda y dispuso devolverla al actor, por considerar que el Consejo no es competente, *ratione materiae,* para conocer de la acción en síntesis, por los siguientes motivos:

a) Los tratados internacionales, como los convenios internacionales simplificados, "son actos jurídicos complejos, de naturaleza internacional, que se perfeccionan por el cumplimiento de requisitos también complejos" que difieren esencialmente, por su forma y contenido, "del derecho público interno de cada país";

b) En el caso *sub judice,* "la nota colombiana de 22 de noviembre de 1952 forma con la nota venezolana de la misma fecha un acto jurídico complejo e indivisible de derecho internacional que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del país;

c) "Juez del derecho interno colombiano, el juez administrativo no es competente para conocer de las relaciones internacionales, que son relaciones que corresponden al derecho internacional", hasta el punto de que las jurisdicciones internas "ni siquiera interpretan libremente los tratados internacionales, porque se correría el peligro de tener dos interpretaciones diferentes, o sea la del Ministerio de Relaciones Exteriores y la de la rama jurisdiccional, lo cual haría nugatorio el tratado mismo, con grave perjuicio para el prestigio del país correspondiente";

d) La incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de ciertos actos se explica "por la existencia de una función guber-

namental distinta de la función administrativa" que corrobora el Art. 120 de la Constitución al distinguir entre las atribuciones del Presidente como suprema autoridad administrativa y como Jefe de Estado, en ésta comprendida "la relativa a la dirección de las relaciones diplomáticas";

e) Lo expuesto no obsta para que, como ha sostenido el Consejo, el tratado internacional pueda ser "fuente de derecho administrativo".

4. *Los recursos de súplica.* Como se ha expuesto, tanto el actor como el coadyuvante interpusieron recurso de súplica contra el auto inadmisorio de la demanda, que sustentan en sus respectivos memoriales, en síntesis, con los siguientes argumentos pertinentes:

a) *Los argumentos del actor.*

1. Si el acto administrativo se entiende, según Fernando Vélez, como "toda declaración jurídica unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas", el acto acusado, por el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores hizo una declaración unilateral, "es un mero acto administrativo";

2. La determinación de si las notas colombiana y venezolana constituyen o no un tratado o acuerdo internacional corresponde a la sentencia, no al auto que califica el mérito formal de la demanda.

b) *Los argumentos de la parte coadyuvante.*

1. Las jurisdicciones colombianas son competentes "para conocer de los juicios o controversias que se susciten dentro del territorio nacional", aunque se refieran a relaciones internacionales;

2. La sentencia del Consejo del 20 de mayo de 1960, a que alude el auto suplicado, contraría la tesis que sustenta, en cuanto afirma la integración de los derechos interno e internacional.

II *Las consideraciones de la Sala.* La Sala de Decisión considera que precisa revocar el auto suplicado y admitir la demanda, por los siguientes motivos:

1. En principio, según el Art. 62 del C.C.A., "podrán ser acusados ante el consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad". Y según el Ord. 10o. del Art. 34 ibídem, no modificado en cuanto a la acción

de nulidad por el Decreto–Ley No. 528 de 1964, el Consejo de Estado conoce en única instancia, entre otros asuntos, "de los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídas a una jurisdicción distinta".

2. Para admitir o rechazar la demanda precisa examinar, conforme a los Arts. 84 a 86 del C.C.A., los presupuestos procesales o "requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal", sin los cuales "no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de agosto de 1954, G.J. Tomo LXXVIII, Pág. 348). En el caso *sub judice,* como sostiene el auto suplicado, la demanda reúne los requisitos formales; pero se la inadmitió por falta del presupuesto procesal de la competencia para conocer, por haberse estimado que el acto acusado es parte integrante de un acuerdo o convenio internacional, que no es del conocimiento, *ratione materiae,* del Consejo de Estado.

3. Sin embargo, la nota o comunicación del señor Ministro de Relaciones Exteriores del 22 de noviembre de 1952, dirigida al señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia, en principio, formalmente considerada, constituye un acto administrativo unilateral, contra el cual procede la acción de nulidad propuesta, de conocimiento del Consejo en única instancia; pues, de su contexto no se deduce *in limine* que sea parte integrante de un tratado o convenio internacional.

4. Cierto que obra en el expediente la nota o comunicación del señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia, de respuesta a la nota colombiana; pero, por una parte, en la demanda se pide que se declare la nulidad de ésta, como acto unilateral del señor Ministro de Relaciones Exteriores, que formalmente considera, tiene tal característica; y, además, aunque aducida al expediente, aquélla constituye una prueba, cuyo mérito sólo puede estimarse en la oportunidad procesal de decidir, previa la tramitación del juicio. Por tanto, sólo entonces se puede evaluar esa comunicación en relación con el acto acusado, determinar la índole o naturaleza de éste y si el Consejo tiene o no jurisdicción y competencia para revisarlo.

5. Podría argüirse que el acto acusado, por referirse a relaciones diplomáticas, es de carácter político, no susceptible del control jurisdiccional. Pero, aunque este criterio ha sido sustentado por la jurisprudencia francesa para sustraer de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos relativos a las relaciones diplomáticas y a los de la Administración con el Parlamento, por una parte, en el mismo país de origen se reduce su ámbito, hasta circuns-

cribirse sólo a los actos señalados como tales por la jurisprudencia (Raymond Odent, Contentieux Administratif, Les Cous de Droit, Fascícule I, Págs. 205 a 209); además, en el régimen jurídico colombiano todos los actos administrativo, salvo los casos específica y expresamente comprendidos en los Ords. 2o. y 3o. del Art. 73 del C.C.A. (Art. 20 del Decreto-Ley No. 528 de 1964), cualquiera que sea su finalidad o naturaleza, pueden someterse, en principio y mediante las acciones pertinentes, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala de Decisión, REVOCA el auto suplicado del 30 de marzo pasado y admite la demanda. En consecuencia dispone:

a) Fíjese en lista por el término legal.

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

c) Comuníquese al Gobierno Nacional por conducto del señor Ministro de Relaciones Exteriores.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge Dávila Hernández

Alfonso Arango Henao
Con salvamento de voto.

Humberto Mora O.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Lamento no estar de acuerdo con el criterio mayoritario de la Sala de Decisión, cuyos pareceres a pesar de todo el respeto que me merecen, no me convencen por las razones que expondré en seguida.

Sea lo primero hacer notar que la demanda, a mi modo de ver, no reúne las exigencias formales del artículo 84 del C.C.A., por cuanto carece de uno de sus presupuestos como es el señalamiento de las normas que se estiman violadas y el concepto de la violación. En el libelo que presentó el actor, dice fundamentar su derecho, cosa bien diferente, "en la Constitución Nacional artículo 120, ordinal 9o., ordinal 20; artículo 3o. y demás disposiciones constitucionales y legales, referentes a las formalidades necesarias para relaciones de esta naturaleza".

Obsérvese cómo el artículo 3o., de la Constitución Nacional no hace relación a los Monjes y cómo la misma disposición al referirse a las islas, islotes, cayos, morros y bancos, en los mares limítrofes, habla de aquellos que pertenezcan a Colombia, y como mientras el numeral 9o., del artículo 120 de la Carta no viene al caso, el numeral 20 otorga al Presidente de la República la facultad de dirigir las relaciones diplomáticas. Con esto parece reconocer el actor que el problema es de diplomacia, único aspecto que podría ser aceptable en el caso por él planteado.

Por otro lado el mismo demandante no estuvo seguro de la naturaleza jurídica de aquello que demandaba, pues, cuando empieza a escribir el libelo dice que pide la "nulidad de una operación administrativa", para agregar más adelante que su petición es para que el Consejo "se digne declarar nulo el Acto del Gobierno Nacional, o restringiendo la petición el acto del señor Ministro de Relaciones Exteriores, fechada en Bogotá, el 22 de noviembre de 1952...", para volver, a renglón seguido en su escrito de adición de la demanda, a decir que se pida al Ministerio de Relaciones Exteriores "copia auténtica de *los documentos*" impugnados, y formula entonces como petición subsidiaria de que se traiga el Diario Oficial "en que se publicó la operación administrativa acusada de nulidad constitucional".

Mientras el actor padecía de estas violaciones, su amigo, el conocido y reputado internacionalista doctor José Joaquín Caicedo Castilla, cuando desempeñaba el cargo del Ministro de Relaciones Exteriores, en oficio No. DM 617 de 21 de octubre de 1961, decía al autor de la demanda: "De acuerdo con tu solicitud, te envió copia de las notas que se canjearon entre los gobiernos de Colombia y Venezuela sobre el asunto de los Monjes, en noviembre de 1952".

La parte coadyuvante habla también de tratados internacionales y en sus extensos escritos alude a "la nota de cancillería acusada", (Fl. 15), al "arreglo secreto", al "convenio, arreglo o arreglito ministerial", (fol. 16 vto., 19, 20 y 24), todo lo cual la ubica dentro del campo estrictamente internacional.

La misma demanda, cuando narra los antecedentes, trae copiadas en el texto del libelo, las dos notas cruzadas, la enviada por Colombia y la enviada por Venezuela, para luego desarticularlas y formular acusación contra una sola, la de Colombia, que el mismo actor llama acto administrativo en una ocasión, y en las más de las veces "operación administrativa" quizá porque se encuentra con dos momentos conformadores de lo que su coadyuvante, con más propiedad, denomina "convenio" o "arreglo".

Por estas razones, y para no entrar en inútiles repeticiones, es que estimo que el auto suplicado merece ser sostenido, pues, "la nota de cancillería acusada", como dice el coadyuvante, forma con la respuesta dada por Venezuela, un acto indivisible de carácter internacional, el cual no es ajusticiable por la jurisdicción Colombiana. Ese acto, compuesto de dos momentos y también conformado con dos documentos de distinta procedencia, es un clásico acto político del Presidente de la República de Colombia, dictado en virtud de la atribución del numeral 20 del artículo 120 de la Carta, por conducto de su ministro de relaciones exteriores. Por lo mismo estimó que no se trata de un acto administrativo y que por ello esta jurisdicción no puede ocuparse de su estudio, puesto que ella "está instituída para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, "según reza el artículo 20 del Decreto 528 de 1964. Por todo esto, no comparto los puntos de vista del auto que decide la súplica, puesto que la competencia de esta jurisdicción está bien clara en la norma transcrita, y porque no es del caso dar aplicación a los artículos 62 y ordinal 10 del artículo 34 del C.C.A., por tratarse de materia expresamente atribuída a los Tribunales que dirimen las cuestiones internacionales.

Todo lo dicho me lleva a concluir que la nota del gobierno Venezolano no debe estimarse como una prueba que se presenta al presunto juicio, sino como una parte integrante de ese todo que constituye el tratado internacional, conformado por ese "canje de notas" diplomáticas que hace parte, y muy importante por cierto, de esta rama del derecho público.

Fecha ut supra.
Atentamente,

Alfonso Arango Henao

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

TITULO VIII

Actos del Congreso de la República de Carácter Administrativo

A 384-XVIII 4 /AN

COMISION OCTAVA DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES

VIGILANCIA DEL CONGRESO A LA GESTION DEL EJECUTIVO. Las disposiciones constitucionales y legales vigentes señalan las formas de actuación del Congreso y de sus Comisiones para el ejercicio de las funciones de control que les corresponde. Dichas corporaciones no pueden apelar a formas distintas de acción, porque las autoridades sólo pueden actuar dentro del campo que les está expresamente señalado. Es inconstitucional la designación de representantes permanentes de las Cámaras o de sus Comisiones en cualquier organismo administrativo, salvo lo previsto en los arts. 80 y 186 C.N.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Bogotá, D.E., octubre veintidos de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: **Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.**

Referencia 1506. Actor: Manuel Gaona Cruz.

El doctor Manuel Gaona Cruz, obrando a su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad del artículo 66 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado que se hagan las siguientes declaraciones:

PRIMERA. Que es nula, y por tanto sin ningún valor jurídico, la Resolución No. 089 de 19 de diciembre de 1970 de la Mesa Directiva de la Comisión VIII Constitucional Permanente de la H. Cámara de Representantes, en cuanto en su artículo primero dispuso "Comisionar al H. R. JORGE SEDANO para que represente a la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes en la Junta Directiva del Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud".

SEGUNDA. Que, igualmente, es nula la Resolución No. 089 de 19 de diciembre de 1970, en cuanto en su artículo segundo dispuso que "El Parlamentario Comisionado por medio de esta resolución tiene derecho a asistir con voz y sin voto a las sesiones de la Junta Directiva del Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud".

TERCERA. Que es nula la Resolución No. 089 de 1970 en cuanto el parágrafo de su artículo 2o. dispuso que: "Para efectos de la vigilancia de los Departamentos Administrativos, los miembros para tal fin ejercerán sus funciones de acuerdo con el Director del respectivo Departamento a fin de que ponga a su disposición los documentos y demás elementos de juicio que considere necesarios para el cabal desempeño de su misión".

CUARTA. Que, también es nula la Proposición 001 de 27 de enero de 1971 expedida por la Comisión VIII de la H. Cámara de Representantes en cuanto "ratifica en su totalidad las delegaciones conferidas, mediante resoluciones de Comisión, por la Mesa Directiva de esta Corporación a honorables representantes de su seno, para el ejercicio de la función de vigilancia que le está atribuída sobre las entidades descentralizadas del orden nacional", (entre las delegaciones conferidas y a que hace referencia la Proposición citada, se incluye la relativa al Consejo Directivo del Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud).

El actor basa su petición en los siguientes hechos:

a) La Mesa Directiva de la Comisión VIII de la Cámara de Representantes, en ejercicio de la función de fiscalización de entidades descentralizadas, que le confieren las leyes 65 de 1967 y 17 de 1970, decidió, por medio de la resolución acusada, comisionar a uno de sus miembros, para que la representara, de una manera permanente, con voz pero sin voto, en el Consejo Directivo del Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud, Impés.

Posteriormente, la Comisión VIII de la Cámara ratificó lo dispuesto por su Mesa Directiva.

Como normas violadas, el actor señala las siguientes:

a) Constitucionales: artículos 2o.; 20; 55 inciso 2o; 56; 63; 72, inciso 3o. y 78, ordinal 2o.;

b) Legales: Ley 65 de 1967, artículo 5o.; ley 17 de 1970, artículos 6o. (Comisión VIII), 15, 18, 19 y 25; decreto-ley 2913 de 1968.

El concepto de violación, queda explicado extensamente por el actor en su libelo de demanda.

Por su parte, el señor Fiscal Primero de esta Corporación comparte las razones expuestas por el demandante,

1. Porque considera que, dentro de las funciones asignadas por la Constitución a los diferentes órganos que conforman la estructura estatal, no es posible que unas instituciones se sustituyan a otras, y

2. Porque en el caso *sub judice,* la labor de las Comisiones de las Cámaras es preparatoria y auxiliar, no pudiendo aceptarse que ellas se sustituyan al Congreso en los recesos de éste.

Concluye el señor fiscal afirmando que el nombramiento hecho por la Comisión VIII de un delegado suyo ante la junta del Impés no tiene respaldo legal ninguno y que el Consejo de Estado debe acoger la nulidad impetrada o bien declarar que tales actos no tienen existencia legal, pues ni el nombramiento del delegado ni su ratificación eran de competencia de la Comisión VIII.

Para decidir la Sala considera:

El actor (a folios 13) parte de la base de que los actos acusados son actos administrativos y que, por consiguiente, el Consejo de Estado es competente para conocer de los mismos, en única instancia, de acuerdo con el artículo 51 del C.C.A. Pero, en ninguna forma, demuestra que en realidad dichos actos son administrativos.

Por consiguiente, procede estudiar,

1. La competencia del Consejo de Estado para conocer de este negocio, y

2. Solamente si se llega a la conclusión de que el Consejo es competente, por tratarse realmente de actos administrativos, se podrá entrar a estudiar la validez o invalidez de los actos acusados frente a las normas de superior jerarquía que se pretenden violadas.

Competencia del Consejo de Estado.

1. Se podría pensar que una noción tan fundamental como la de acto administrativo tuviera una definición única y segura. Pero no es así. La principal razón de la incertidumbre y del desacuerdo entre los autores consiste en que la definición de acto administrativo puede hacerse desde distintos puntos de vista, a saber:

1. Desde un punto de vista formal, acto administrativo es todo aquél que emana de un organo administrativo del Estado;

2. Desde un punto de vista material, acto administrativo es aquél que contiene medidas de alcance individual (acto subjetivo o acto condición), exceptuando los actos jurisdiccionales;

3. Desde un punto de vista funcional, acto administrativo es aquél que cae bajo el imperio del derecho administrativo, por oposición a los actos de la administración, que dependen del derecho privado.

1. *Acto formalmente administrativo.*

Si el acto formalmente administrativo es el acto dictado por un órgano administrativo del Estado, su teoría se reduce a investigar cuáles órganos del Estado tienen la calidad de administrativos, por oposición a otras ramas del poder público (legislativo y judicial) y por oposición también a los organismos privados.

En general, puede decirse que los actos que emanan de las corporaciones legislativas no son actos administrativos. Los actos que emanan de ellas pueden ser o bien leyes en sentido formal, o bien otros actos que algunos autores llaman actos parlamentarios, y que son todos los demás actos, proferidos bien sea por las Cámaras, bien sea por las respectivas Presidencias, Comisiones o Secretarías. Aunque muchos de dichos actos tienen un contenido administrativo, de ellos no puede decirse que sean actos formalmente administrativos, porque provienen de órganos que forman parte de las corporaciones legislativas y no de la jerarquía ejecutiva.

2. *Acto materialmente administrativo.*

Desde el punto de vista material, el acto legislativo es toda disposición general, abstracta e impersonal, dictada imperativamente por el Estado; en otras palabras, acto legislativo es todo acto regla de origen estatal. En esta perspectiva, el reglamento administrativo aparece como un acto materialmente legislativo.

Desde este mismo punto de vista, el acto administrativo es toda decisión individual, dictada por un órgano del Estado, bien sea bajo la forma de un acto condición o de un acto subjetivo.

Entre estas dos nociones, de acto administrativo, la formal y la material, la primera es la más importante, y, para algunos autores, la única (Carré de Malberg, Vedel).

En el caso *sub judice,* las resoluciones acusadas, consideradas desde el punto de vista formal, no son actos administrativos, puesto que proceden de un organismo que forma parte de una rama del poder distinta de la jerarquía ejecutiva. Pero, desde el punto de vista material, deben ser consideradas actos administrativos, puesto que son una decisión individual y concreta, cuyo contenido consiste en la delegación que la Comisión VIII de la Cámara hace a uno de sus miembros para que la represente, de una manera permanente, con voz pero sin voto, en la junta del Impés.

II. En derecho colombiano, en general, predomina el criterio formal para distinguir el acto administrativo del que no lo es, de tal manera que, en esta perspectiva, sólo serían actos administrativos los que proceden de la jerarquía ejecutiva del poder público y no lo serían los que proceden de otra rama del poder.

Sin embargo, en derecho colombiano, es posible hacer varias aplicaciones del criterio material, bien sea porque la ley misma así lo dispone expresamente, bien sea porque el intérprete así lo deduzca. En derecho colombiano, hay ciertas actividades que la misma Constitución atribuye a las distintas ramas del poder, aunque por su naturaleza no les correspondan. Así, por ejemplo, cuando la Corte o los Tribunales hacen una elección, el acto es administrativo, no jurisdiccional. Del mismo modo, cuando el Congreso elige ciertos funcionarios, como el Contralor o el Procurador, o cuando elige sus dignatarios, o cuando éstos, a su vez, nombran el personal subalterno, celebran un contrato, ordenan un pago, decretan una destitución, los actos realizados son actos administrativos, a pesar de que emanen de las Cámaras o de sus Comisiones o de sus dignatarios (ver artículos 189 y 192 C.C.A.).

En el caso *sub judice,* no hay un nombramiento, porque no existe ningún cargo preexistente ni funciones asignadas al mismo, condición previa y necesaria para que pueda hablarse de nombramiento, al tenor del artículo 63 C.N. El acto acusado, como ya se dijo, consiste en una delegación que la Comisión VIII de la Cámara da a uno de sus miembros para que ejerza cierto tipo de vigilancia en la Junta Directiva del Impés. El acto acusado equivale a la creación de un órgano para ejercer una función delegada.

No se trata, pues, de un juicio electoral, en el cual se dispute la calidad del elegido, las condiciones de la elección, la votación o su mecánica, sino de un juicio de nulidad del acto por la causal genérica de falta de autorización para realizar la función que se pretende cumplir. En otras palabras, se trata de saber si la Comisión VIII de la Cámara tiene o no tiene el derecho para nombrar comisionados permanentes, con voz pero sin voto, ante los departamentos administrativos y los institutos descentralizados en orden a ejercer las funciones de vigilancia que la ley le concede.

Descartada teóricamente la acción electoral, que de hecho tampoco fue ejercitada en el presente juicio, resta ver si el acto acusado puede considerarse acto administrativo, de acuerdo con el criterio material y según la legislación colombiana, cuestión conexa con la competencia que tenga el Consejo de Estado para conocer de este litigio.

En general, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es incompetente para conocer de los actos emanados de la rama legislativa del poder. Esto evidentemente es verdad en materia de leyes formales, mediante las cuales el Congreso ejerce sus funciones propias y cuyo control corresponde a la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 214 de la Constitución. Pero, cuando el Congreso o cada una de sus Cámaras o sus dignatarios o sus Comisiones cumplen funciones de tipo administrativo, la competencia general para conocer de los litigios acerca de ellas corresponde al Consejo de Estado, aunque no le está atribuído especialmente, por las siguientes razones:

1. Una de las características del sistema constitucional colombiano es la de que no puede haber ningún acto dictado por un organismo estatal que no esté sometido al control jurisdiccional. Ahora bien, si se afirma que los actos materialmente administrativos realizados por el Congreso o por una de las Cámaras, Comisiones o dignatarios no están sometidos a ningún control, se llegaría a la paradoja de que los actos más importantes del Congreso, a saber las leyes, están sometidos al control de la Corte Suprema de Justicia, mientras que los menos importantes, o sea los actos administrativos, no tendrían ningún control.

2. Además, el artículo 51 del C.C.A. consagra una cláusula general de competencia a favor del Consejo de Estado, referente a todo acto administrativo para el cual no se hubiere señalado regla particular de competencia.

Por consiguiente, esta Sala piensa que los actos acusados son actos materialmente administrativos y que, por tanto, el Consejo de Estado es competente para conocer, en una sola instancia de litigio que se ha presentado acerca de ellos, de acuerdo con el artículo 51 del C.C.A.

El fondo del negocio.

1. *Principio de la separación de los poderes.*

El sistema constitucional colombiano está basado en el principio de la separación del poder público en tres ramas distintas representadas por el Congreso, el Gobierno y los jueces, las cuales tienen funciones separadas, lo cual no implica oposición entre ellas, sino colaboración armónica para la "realización de los fines del Estado" (artículo 55 C.N.).

La diferenciación funcional lleva a la conclusión de que, en principio, las competencias del Congreso son de índole legislativa, como son administrativas las del ejecutivo y relativas a aplicar el derecho las judiciales. Sólo en casos de excepción, por lo mismo especialmente previstos, puede una de las ramas del poder público ejercer ciertas atribuciones de tipo distinto al que por su naturaleza le corresponde: Así, por ejemplo, el Senado, en ciertos casos, puede, ejercer funciones de tipo jurisdiccional o el Gobierno, algunas de índole legislativa, pero siempre por expresa autorización de la Constitución.

2. *Principio de la independencia de las ramas del poder público.*

Ninguna de las ramas del poder público debe inmiscuirse en la esfera de las otras. El artículo 78 de la Constitución prohibe expresamente al Congreso y, de modo específico, a cada una de sus Cámaras inmiscuirse, por medio de resoluciones, en asuntos de privativa competencia de otros poderes.

Por otra parte, el artículo 120 C.N. da al Presidente de la República el carácter de suprema autoridad administrativa y diseña, en el mismo artículo y en otros, atribuciones de esa naturaleza, lo cual lleva a concluir que, en principio, la función administrativa y concretamente la que se relaciona con establecimientos públicos y otros entes descentralizados, le pertenece exclusivamente. Y, en materia de juntas directivas de todas esas entidades, el artículo 120, numeral 5o. de la Carta habla de "representantes de la Nación", todos en calidad de agentes del presidente y de su libre nombramiento y remoción. Siendo esto así es claro que las Cámaras o sus Comisiones no pueden designar ningún representante suyo en tales juntas, porque existe una cláusula excluyente y expresa en la Constitución, que atribuye esa función al Presidente de la República.

La conclusión de todo lo dicho es que ni las Cámaras mismas ni sus Comisiones pueden designar representantes permanentes ante las juntas directivas de establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado o empresas de economía mixta.

3. *Vigilancia del Congreso a la gestión del ejecutivo.*

Podría argumentarse que la designación de miembros del Congreso para asistir a las juntas de que se trata no es más que el ejercicio del papel de vigilancia que cabe al Congreso o a las Comisiones del mismo en la gestión administrativa del Estado.

Aunque no haya norma expresa, es cierto, en principio, que al Congreso le corresponde una labor de fiscalización general de la administración pública, que se deriva de su facultad de citar a los ministros y a otros altos funcionarios para que informen sobre determinadas cuestiones, o el de solicitar informes escritos o verbales para conocer los actos de la Administración (artículo 103, numeral 4). O el de nombrar comisiones accidentales (art. 14 ley 17 de 1970). También es cierto que, según el artículo 80 C.N., habrá una comisión especial encargada, entre otras cosas, de vigilar la ejecución de los planes y programas y la evolución del gasto público, así como el artículo 102, *ibídem,* da a la Cámara la facultad de examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y el tesoro.

Pero, en ningún caso, la fiscalización por parte del Congreso puede significar la negación de la autonomía administrativa ni la intromisión directa en la esfera de acción y decisión de la Administración por parte de quien tiene su control.

La participación prevista en las resoluciones acusadas, más que una función de vigilancia, es una función de administración, que, en vez de fortalecer el control de Congreso en dichos organismos, lo disminuye y anula. En efecto, a través de sus representantes, el Congreso queda comprometido con las decisiones adoptadas, porque, si aquellos han tomado parte en su elaboración, la posibilidad de control sobre una decisión adoptada desaparece.

En síntesis, las disposiciones constitucionales y legales vigentes señalan las formas de actuación del Congreso y de sus Comisiones para el ejercicio de las funciones de control que les corresponde. Dichas corporaciones no pueden apelar a formas distintas de acción, porque las autoridades sólo pueden actuar dentro del campo que les está expresamente señalado.

Cuando la Carta quiere establecer una excepción al principio de que el Congreso no debe inmiscuirse en las funciones de otras ramas del poder, lo hace de una manera expresa, como en el inciso final del artículo 80, que permite la designación de tres miembros de cada Cámara para que concurran, con carácter informativo, ante los organismos nacionales de planeación, o como lo dispone el artículo 186, que da a los senadores y representantes voz en los organismos departamentales de planeación que organice la ley.

En consecuencia, es inconstitucional la designación de representantes permanentes de las Cámaras o de sus Comisiones en cualquier organismo administrativo, salvo lo previsto en los citados artículos 80 y 186.

4. *Examen de las leyes 65 de 1967 y 17 de 1970.*

Procede examinar, ahora, si la ley, ha dado facultades a la Comisión VIII de la Cámara de representantes para hacer las designaciones de que tratan las resoluciones acusadas.

El artículo 5o. de la ley 65 de 1967, que creó la Comisión VIII de la Cámara, le dio competencia para:

a) Conocer, en primer debate, de proyectos de ley;

b) Estudiar presupuestos de establecimientos públicos y otros organismos descentralizados, el funcionamiento de los mismos, presentar informes y observaciones sobre ellos y preparar proyectos de ley para su mejor marcha.

En estas disposiciones no se observa facultad alguna para intervenir directamente en la Administración de las entidades citadas, ni para designar miembros permanentes en su junta. Sólo se da autorización para el estudio de sus presupuestos y funcionamiento, pero solamente por los medios generales previstos en la Constitución.

Más restrictiva es la competencia que a la Comisión VIII le otorga la ley vigente, reglamentaria de las Comisiones, que es la ley 17 de 1970, cuyo artículo 6o., al tratar de la comisión VIII, le atribuye la potestad para conocer los proyectos de ley sobre establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta; para preparar los proyectos de ley necesarios para la buena marcha de dichas entidades y para estudiar los presupuestos de las mismas para su revisión en la Comisión IV.

Es verdad que, en el literal a) de dicho artículo, se agrega la frase de que la comisión vigilará el funcionamiento de las mencionadas entidades. Pero, parece claro que la Comisión VIII solamente puede cumplir dichas funciones de vigilancia mediante los mecanismos de control previstos por la Constitución, porque, en ninguna parte de la Carta, se autoriza al Congreso para ejercer la vigilancia sobre la Administración, por medios directos de ingerencia en la gestión administrativa, para orientarla o corregirla desde dentro de ella misma, función que ni siquiera se otorga a la Contraloría, a la cual solamente se la faculta para vigilar la actividad fiscal, con la advertencia de que "no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización". (artículo 59 C.N.).

Las normas de la ley hay que entenderlas conforme a las superiores de la Constitución, porque, si se quisiera extender los efectos de la vigilancia más allá de lo que permite la Constitución, tal ley sería contraria a ésta y, por consiguiente, inaplicable, de conformidad con el artículo 215 C.N.

En síntesis, según los artículos 72 y 81 numeral 2o. C.N., las comisiones tienen por finalidad estudiar, en primer debate, los proyectos de ley. También pueden realizar estudios y preparar proyectos de ley (artículo 72), y citar a los viceministros, Jefes de Departamentos Administrativos y Gerentes de organismos descentralizados para obtener informes (art. 134). Pero, salvo la comisión del plan, que si puede designar voceros permanentes ante los organismos de planeación, con caracter informativo (art. 80), las demás Comisiones carecen de tal atributo y, por tanto, la función de vigilancia a ciertos organismos administrativos que la ley señala a la Comisión VIII de la Cámara no puede cumplirse mediante la designación de representantes permanentes suyos ante las juntas directivas de tales organismos.

Por todo lo dicho, esta Sala considera que las resoluciones acusadas violan el artículo 55 C.N., al no respetar el sistema de la separación de los poderes, que es una de las bases de la organización constitucional colombiana. Violan, asimismo, el artículo 78 numeral 2 C.N., que prohibe al Congreso, a sus comisiones y dignatarios inmiscuirse en asuntos que son de la privativa competencia de otras ramas del poder público. Finalmente, violan el artículo 6o. de la ley 17 de 1970 en cuanto desvirtúan las funciones de vigilancia concedidas por ese texto a la Comisión VIII de la Cámara frente a ciertas entidades públicas.

La Sala estima que lo dicho es suficiente para acceder a las peticiones de la demanda, sin que sea necesario entrar a estudiar otros conceptos de violación alegados.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Es nula la resolución No. 089 de 19 de diciembre de 1970 de la Mesa Directiva de la Comisión VIII Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, en cuanto, en su artículo 1o., dispuso: "comisionar al H. R. Jorge A. Sedano G. para que represente a la Comisión VIII de la Cámara de Representantes en la Junta Directiva del Instituto Nacional para programas especiales de salud".

2. Es igualmente nula la resolución No. 089 de 19 de diciembre de 1970, en cuanto, en su artículo 2o., dispuso que: "el parlamentario comisionado por medio de esta resolución tiene derecho a asistir, con voz y sin voto, a las sesiones de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Programas Especiales de Salud".

3. Es igualmente nula la resolución no. 089 de 1970 en cuanto, en el parágrafo de su artículo 2o., dispuso que: "para efectos de la vigilancia de los departamentos administrativos, los miembros para tal fin ejercerán sus funciones de acuerdo con el Director del respectivo departamento a fin de que ponga a su disposición los documentos y demás elementos de juicio que considere necesarios para el cabal cumplimiento de su función".

4. Es nula la proposición No. 001 de 27 de enero de 1971, expedida por la Comisión VIII de la Cámara de Representantes, en cuanto ratifica la resolución No. 089 de 19 de diciembre de 1970, expedida por la Mesa Directiva de la misma, a que se ha hecho referencia en los numerales anteriores.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Jorge Dávila Hernández *Lucrecio Jaramillo Vélez*

Alfonso Arango Henao *Humberto Mora Osejo*

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

ASUNTOS VARIOS

PROPOSICION APROBADA EN LA SALA PLENA DEL DIA 7 DE DICIEMBRE DE 1971

La Sala Plena del Consejo de Estado, expresa la más profunda gratitud a los Consejeros doctores Alfonso Arango Henao, Miguel Lleras Pizarro, autor del ante proyecto, Alejandro Domínguez Molina y Jorge Dávila Hernández, quienes integraron la Comisión Redactora del Proyecto de Reglamento de la Corporación, a cuya inteligencia, dedicación ejemplar y plausible entusiasmo se debe que haya podido adoptarse en tan corto plazo el magnífico estatuto que en adelante regulará las actividades internas del Consejo.

Insértese en el acta, transcríbase con las firmas de todos los proponentes y publíquese en los Anales del Consejo.

(Fdos).

Juan Hernández Sáenz

Eduardo Aguilar Vélez

Lucrecio Jaramillo Vélez

Alfonso Castilla Sáiz

Alvaro Orejuela Gómez

Humberto Mora Osejo

Gabriel Rojas Arbeláez

Hernando Gomez Mejía

Mario Latorre Rueda

Osvaldo Abello Noguera

Gustavo Salazar Tapiero

Carlos Portocarrero Mutis

Nemesio Camacho Rodríguez

Alberto Hernández Mora

Hernando Franco
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

REGLAMENTO

DEL CONSEJO DE ESTADO

COMISION REDACTORA

Doctor	*Alfonso Arango Henao*	*Vicepresidente del Consejo*
"	*Miguel Lleras Pizarro*	
"	*Alejandro Domínguez Molina*	
"	*Jorge Dávila Hernández*	

Bogotá – 1971

REGLAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO

ACUERDO NUMERO 2 DE 1971

Por el cual se dicta el Reglamento de la Corporación.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 141, ordinal 4o. de la Constitución,

ACUERDA:

Adóptase el siguiente reglamento para la corporación:

CAPITULO I

DEL CONSEJO DE ESTADO

Artículo 1o. La reunión de los Consejeros que componen las Salas de lo Contencioso y de Consulta, forman el Consejo Pleno. La convocación del Consejo Pleno la hará el Presidente por su iniciativa o a instancia del Vicepresidente o por éste en ausencia del primero, o cuando lo pidan tres o más Consejeros siempre que indiquen el objeto de la sesión.

La convocatoria se hará por escrito en el que se mencionará lugar, día, hora y objeto de la sesión. En caso de urgencia, la cita podría ser verbal, de lo que se dejará testimonio en el acta.

No serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido bien convocados sus miembros.

Artículo 2o. Es *quorum* para sesionar la presencia de la mayoría absoluta de los Consejeros. Para decidir se requerirá la presencia del mínimo fijado por la ley o por este reglamento, según el caso.

Artículo 3o. Las sesiones del Consejo Pleno las presidirá el Presidente o el Vicepresidente. A falta de éstos el Consejero más antiguo que concurra, según el orden alfabético.

Artículo 4o. Compete al Consejo Pleno:

a) Elegir dignatarios en el mes de enero y por un año;

b) Elegir Consejeros para llenar vacantes; y designar los Consejeros que deben componer las Secciones de la Sala de lo Contencioso y los de la Sala de Consulta;

c) Elegir los empleados del Consejo excepto los Auxiliares de los Consejeros y aquellos cuyo nombramiento corresponda a otra Sala o Sección;

d) Elegir los Magistrados de los Tribunales;

e) Adoptar, interpretar y modificar el Reglamento;

f) Adoptar los proyectos de ley que hayan de recomendarse al Gobierno o al Congreso;

g) Investigar por sí o por comisión de su seno las infracciones a la ley o al reglamento, cuyo conocimiento le corresponda;

h) Imponer las sanciones para las que ley o reglamento le atribuyan facultad;

i) Emitir concepto motivado en los casos de los artículos 28, 120 (ordinal 10o), 121, 122 y 212 de la Constitución política, con subordinación al procedimiento descrito en el Capítulo correspondiente de este reglamento;

j) Resolver sobre las proposiciones que se sometan a su consideración;

k) Elegir los Auxiliares de la Justicia de que trata el Decreto No. 2265 de 1969;

l) Elegir los Conjueces según las reglas del Decreto 1265 de 1970; y

ll) Las demás que la ley le atribuya.

Artículo 5o. Para la instrucción relativa a infracciones podría pedir, si así lo estima prudente, la cooperación de la Procuraduría General de la Nación.

Artículo 6o. Las reuniones del Consejo Pleno se harán en el lugar de su sede oficial. Por razones de seguridad o de conveniencia podrán celebrarse en otro sitio que señale el Presidente del Consejo o que acuerde la mayoría de sus miembros.

Artículo 7o. La inasistencia a las sesiones y la ausencia antes de que el Presidente las dé por terminadas, no serán excusables sino por justa causa.

Artículo 8o. Ningún Consejero podrá ser trasladado de una Sala a otra o de una Sección a otra sin su consentimiento y sin la aprobación unánime de los Consejeros que concurran a la sesión, siempre que estén presentes quince por lo menos de los miembros que componen el Consejo Pleno.

Artículo 9o. Los proyectos de ley o de reglamento interno que someta cualquier Consejero, se tramitarán inmediatamente pasándolos al estudio de comisión designada al efecto, la que deberá rendir informe en plazo que no exceda de sesenta días. La comisión la nombrará el Presidente y la elegirá el Consejo Pleno.

CAPITULO II

DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO

Artículo 10o. El repartimiento de los negocios se hará por especialidades según las asignadas a cada Sección y conforme a lo que resuelva el Consejo Pleno habida cuenta además de la cantidad y complejidad del trabajo. Las materias propias de la especialidad de cada Sección podrán variarse cuando la necesidad lo aconseje. De las acciones electorales conocerá la Sala Plena.

Artículo 11o. Los Acuerdos por los que se determine la distribución de los negocios que correspondan a cada Sección solo regirán después de fijados en el tablero de las secretarías en donde deberán permanecer a la vista del público. En todo caso se publicarán en el Diario Oficial y en los Anales del Consejo.

Artículo 12o. Cuando haya discrepancia sobre la Sección a que corres-

ponda el conocimiento de algún negocio la Sala Plena resolverá. De esto no se dejará testimonio en el expediente.

Artículo 13o. Para los efectos del artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena Contenciosa, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto.

La manifestación expresa de un Consejero dentro de la respectiva Sección es suficiente para que el asunto sea llevado a la Sala Plena. Esta resolverá, previo informe de la Relatoría, si hay cambio de jurisprudencia.

Artículo 14o. Para información de los Consejeros, la Sala Plena por petición de alguno de sus miembros podrá deliberar sobre la aplicación o interpretación de los principios y normas del derecho público. De las conclusiones se dejará testimonio en el acta y se entregará, con carácter reservado, resumen escrito a cada Consejero.

Artículo 15o. Los miembros de la Sala de Consulta podrán ser invitados a las sesiones de la de lo Contencioso con fin exclusivamente ilustrativo.

CAPITULO III

DE LA SALA DE CONSULTA Y DE SERVICIO CIVIL

Artículo 16o. Por la Sala de Consulta y de Servicio Civil se ejercen las funciones siguientes:

a) Revisar los contratos celebrados y las licencias o permisos concedidos por el Gobierno, en los casos señalados en las leyes;

b) Rendir concepto sobre los proyectos de ley o de decreto en materia de Servicio Civil;

c) Absolver las consultas jurídicas de orden administrativo y de carácter general que le someta el Gobierno;

d) Preparar los proyectos de ley o de Códigos que le sean encomendados por el Gobierno;

e) Hacer el nombramiento de peritos avaluadores de bienes nacionales, cuando la ley así lo disponga;

f) Nombrar los empleados de su Secretaría; y

g) Las demás que le señalen las leyes.

CAPITULO IV

DE LAS SESIONES

Artículo 17o. Las reglas de este Capítulo se aplicarán tanto a las sesiones del Consejo Pleno como a las de cada una de las Salas y de las Secciones.

Artículo 18o. Las sesiones requieren convocación según las reglas del artículo 1o. Para las ordinarias podrá convenirse el día o días del mes en que hayan de celebrarse. En todo caso el Secretario las recordará oportunamente.

Artículo 19o. Las sesiones de Sala y las de Sección serán presididas por el Presidente de las mismas o por quien haga sus veces. Las de la Sala Plena de lo Contencioso las dirigirá el Presidente del Consejo cuando sea miembro de esta Sala. De lo contrario habrá un Presidente para la misma. Del orden del día se dará informe previo a cada Consejero. Este orden podrá variarse por decisión de la mayoría. Siempre se incluirá el tema general de lo que propongan los asistentes.

Artículo 20o. Se abrirá la sesión tan pronto como haya *quorum*. Aprobado el orden del día se leerá y considerará el acta de la sesión anterior.

Artículo 21o. En las deliberaciones el Presidente concederá la mayor amplitud a quienes deseen intervenir. Empero, si fuere indispensable por razones de evidente urgencia, el número de intervenciones podrá limitarse a tres para cada Consejero y a veinte minutos cada una. Las decisiones del Presidente podrán suplicarse ante la Sala que decidirá por mayoría. Las interperlaciones requieren la venia del expositor y del Presidente. Estas reglas se aplicarán teniendo en cuenta que el Consejo, el Estado y la sociedad tienen interés en que lo que se decida esté precedido de la mejor ilustración.

Artículo 22o. El texto escrito de los proyectos de providencia se entregará a cada uno de los Consejeros antes de la sesión. Esta tarea corresponde al Secretario a quien el ponente entregará un ejemplar para que con máquina Multicopiadora se obtengan los demás.

Artículo 23o. El estudio en Sala se sujetará a las siguientes reglas:

1. El autor del proyecto por discutirse lo leerá y si lo desea hará además resumen y explicación oral de su contenido doctrinario.

2. Los comentadores expondrán oralmente o leerán las razones de su opinión.

3. El Presidente concederá la palabra por turno riguroso a quienes deseen presentar sus observaciones.

4. Terminado el dabate se hará la votación.

5. Si alguien pide que se decida sobre la suficiente ilustración así se hará, salvo que alguno solicite plazo para estudiar el asunto con más amplitud caso en el cual se le concederá término no menor de dos días.

6. Cuando el proyecto obtenga la mayoría de los votos de los Consejeros que componen la Sala, a los demás se concederá plazo de dos días por cada uno para que redacten y firmen sus salvamentos. Si el proyecto principal no obtiene ese mínimo de votos el negocio pasará al Consejero que corresponda para que redacte el nuevo proyecto en el que se expongan las tesis de la mayoría.Este último proyecto podrá discutirse otra vez pero solo en cuanto a su forma y estilo y no requerirá nueva votación. A los disidentes se concederá igual límite para que redacten y firmen sus salvamentos.

7. Cuando las discrepancias no se refieran al fondo sino a la forma, también podrán expresarse por escrito los motivos de la salvedad para que se agreguen al texto de la decisión principal.

8. Los Consejeros ocasionalmente ausentes en el momento de votarse el proyecto pero que hayan intervenido en su discusión, dispondrán de dos días para comunicar al Presidente el sentido de su voto. El Secretario les informará de lo ocurrido tan pronto como termine la sesión.

Artículo 24o. Después de cada noventa minutos de sesión se hará descanso de no menos de quince. Las sesiones no se prolongarán más de cuatro horas, salvo caso de urgencia.

Artículo 25o. Si para dar su voto algún Consejero estima necesario el examen del expediente, se suspenderá la discusión y se le entregará éste con el proyecto de providencia con plazo no menor de dos días ni mayor de ocho.

Artículo 26o. Los funcionarios del Gobierno pueden acudir a las sesiones de la Sala de Consulta, previa solicitud dirigida al Presidente respectivo. También podrán ser oídos, en reunión informal, cuando el Consejo o cualquiera de sus Salas lo estimen conveniente.

Artículo 27o. Lo ocurrido en las sesiones y sus actas serán reservados cuando así lo ordene la ley. Los conceptos emitidos por petición del Gobierno podrán publicarse con su consentimiento. (Art. 25 del Código de lo Contencioso Administrativo).

Artículo 28o. Cuando por discrepancias con el proyecto original hubiere más de dos tesis en discusión y ninguna alcanzare el mínimo de votos requerido, se sortearán tantos Conjueces como fueren necesarios para completar la mayoría indispensable para que alguna quede aprobada.

Artículo 29o. Las votaciones serán nominales salvo cuando se trate de hacer elecciones en cuyo caso siempre serán secretas.

Artículo 30o. De las exposiciones de los Consejeros y de lo acontecido en la sesión se dejará resumen en el acta.

CAPITULO V

DE LA SALA DE GOBIERNO

Artículo 31o. Estará formada por el Presidente y Vicepresidente del Consejo y por los Presidentes de Sala y los de Sección.

Artículo 32o. Compete a la Sala de Gobierno:

a) Examinar la hoja de vida de los candidatos para desempeñar cualquier empleo cuya elección corresponda al Consejo e informar a éste por escrito motivado sobre el resultado de su examen.

b) Asesorar al Presidente de la Corporación cuando éste lo solicite.

c) Conceptuar para el Consejo Pleno sobre las variaciones que hayan de hacerse sobre asignación de negocios que correspondan a las Secciones de la Sala de lo Contencioso.

d) Cumplir las comisiones que le confiera el Consejo Pleno.

CAPITULO VI

DEL PRESIDENTE Y DEL VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO

Artículo 33o. El Presidente tendrá la representación social y oficial del Consejo.

Artículo 34o. Corresponde al Presidente:

a) Presidir las sesiones, señalar el orden en que deben considerarse los asuntos y dirigir los debates de acuerdo con el reglamento;

b) Convocar a sesiones al Consejo;

c) Sustanciar los asuntos que entren a la Secretaría General;

d) Redactar el informe que la Corporación debe rendir al Congreso, dentro de los quince primeros días de las sesiones ordinarias, acerca de las labores cumplidas en el año inmediatamente anterior;

e) Cuidar de que los Consejeros, los Secretarios y los demás empleados desempeñen cumplidamente sus funciones, amonestar a los que se muestren remisos en el cumplimiento de sus deberes y poner en conocimiento del Consejo las faltas de los subalternos cuando considere que necesitan otro correctivo disciplinario;

f) Conceder permiso a los Consejeros hasta por cinco días en un r[illegible] siempre que con ello no se retarde la marcha de los asuntos;

g) Conceder licencia a los empleados y dar cuenta al Consejo para que proceda al nombramiento de interinos; y

h) Servir al Consejo de órgano de comunicación.

Artículo 35o. En ausencia del Presidente, el Vicepresidente tendrá las mismas atribuciones.

Artículo 36o. Cuando el Presidente tome parte en las discusiones de las Salas, la sesión la presidirá el Vicepresidente.

Artículo 37o. Los Presidentes de Sala y de Sección desempeñarán en lo pertinente las funciones del Presidente del Consejo señaladas en el artículo 34 y además:

a) Presidir las audiencias públicas y dirigir en ellas los debates.

b) Hacer el repartimiento de los negocios.

c) Hacer el sorteo de Conjueces.

CAPITULO VII

E LOS SECRETARIOS Y LOS SUBALTERNOS

Artículo 38o. Son funciones de los Secretarios, además de las que señala la ley y conforme a instrucciones del Presidente:

a) Redactar las actas de las sesiones;

b) Dar cuenta al Presidente de los negocios que entran a la Secretaría;

c) Citar a los Consejeros para las sesiones cuando se lo ordene el Presidente;

d) Servir de órgano de comunicación al Consejo en los casos en que no lo sea el Presidente, y redactar la correspondencia y los documentos que éste le ordene;

e) Determinar los libros que deben llevar en la oficina y procurar que los asientos se hagan con esmero y pulcritud y en la debida oportunidad;

f) Mantener en perfecto arreglo el archivo de la oficina;

g) Distribuir el trabajo en la Secretaría entre los empleados de la misma y sus dependientes;

h) Cumplir y hacer cumplir a los subalternos las órdenes que reciba del Consejo, del Presidente o de los Consejeros; y

i) Recibir, directamente o por intermedio de sus subalternos, las demandas y demás escritos que presenten las partes, cerciorarse de que se acompañan de los anexos anunciados y si faltan algunos de ellos, hacer la observación correspondiente en el escrito recibido y en las copias que se le devuelvan al interesado.

El Secretario General será también Jefe de Personal de todos los empleados subalternos, inclusive los choferes.

Artículo 39o. Los Secretarios y demás empleados deberán guardar absoluta reserva sobre las opiniones emitidas en las deliberaciones y sobre las resoluciones adoptadas. La violación de esta regla se considera como causal de mala conducta.

Artículo 40o. Los Secretarios amonestarán a los empleados subalternos

por las faltas de asistencia a la oficina y, en caso de reincidencia, informarán al Presidente a fin de que se tomen las medidas que se consideren convenientes. Asimismo darán cuenta al Presidente de las faltas de otra índole con el objeto de que se les aplique la debida sanción.

Artículo 41o. Todos los empleados dependientes del Consejo serán elegidos para período de un año que se contará a partir del 1o. de Febrero.

Artículo 42o. Salvo el apercibimiento, no podrá imponerse pena sin previa instrucción sumaria en la que se oiga al acusado. En todo caso se conservará testimonio escrito de las diligencias cumplidas y de lo resuelto.

CAPITULO VIII

DE LOS AUXILIARES

Artículo 43o. Los auxiliares de los Consejeros son empleados cuyo nombramiento no compete al Consejo Pleno. Su designación y remoción corresponde a cada Consejero.

Artículo 44o. Son deberes de los auxiliares:

a) Concurrir puntualmente al Despacho;

b) Proyectar la sustanciación de los negocios y poner en limpio, en la forma definitiva que determine el Consejero respectivo, las sentencias, autos o dictámenes;

c) Llevar al día el libro de movimiento de los negocios repartidos al Consejero, expresando oportunamente las fechas en que son sustanciados y en que salen o son despachos;

d) Fomar mensualmente el cuadro o resumen del movimiento y estado de los negocios en la oficina; y

e) Fomar y ordenar el archivo del Despacho del Consejero y llevar inventario de él así como de los muebles, libros y útiles del mismo.

CAPITULO IX

DE LA SECCION DE INFORMACION

Artículo 45o. Esta Sección estará dirigida por el Presidente y los Relatores

del Consejo y se compondrá de la Relatoría, la Biblioteca y el Archivo general.

Artículo 46o. La Sección estará al servicio de los Consejeros, de sus empleados y del público. Los libros y documentos sólo podrán consultarse dentro de las oficinas del Consejo, pero los Consejeros podrán retirarlos siempre que dejen recibo firmado por el Consejero o su auxiliar. El recibo se cancelará cuando el documento sea devuelto.

Artículo 47o. Se hará tarjeta con el resumen del contenido, según clasificación por materias y fechas, de todos los documentos y libros de la Sección. Cuando se disponga de computador electrónico estas tarjetas se procesarán según el método correspondiente.

Artículo 48o. Son deberes de la Sección:

1. Leer todas las providencias y conceptos del Consejo de Estado;

2. Clasificar las providencias y conceptos en dos grupos, así:

a) Providencias y conceptos para publicar en los Anales (aquellos que contienen temas nuevos, mejor desarrollados o cambien la jurisprudencia; y

b) Providencias que clasificadas y tituladas se conservarán en libros de la Relatoría;

3. Titular y extractar con la aprobación del ponente, las providencias y conceptos;

4. Publicar mensualmente extractos de jurisprudencia, destinados a los Consejeros y Fiscales, Magistrados de los Tribunales Administrativos, algunas entidades nacionales e internacionales y público en general;

5. Elaborar lista contentiva de las disposiciones anuladas o suspendidas por el Consejo de Estado;

6. Elaborar índice de los Anales del Consejo de Estado, así:

a) Analítico, alfabético de materias del respectivo tomo; y

b) General de cada tomo;

7. Elaborador anualmanete índice alfabético de materias de que trata el punto a) del numeral 2o., para facilitar la información de los Consejeros y del público;

8. Elaborar índices mensuales de las providencias de que trata el punto b) del numeral 2o., con finalidad semejante a la del numeral anterior;

9. Preparar la publicación de los Anales del Consejo;

10. Ordenar y corregir las ediciones oficiales de códigos y leyes, según instrucciones de la Sala de Consulta; y

11. Mantener al día información sobre vigencia de leyes y decretos.

Artículo 49o. Los abogados auxiliares creados por el Decreto 459 de 1971 cumplirán las funciones que en ese estatuto se les asignan, como dependientes de la Sección de Información y bajo la vigilancia del Presidente y de los Relatores del Consejo. Son funciones de los abogados asistentes, llevar el registro de la legislación, clasificarla, anotar las concordancias y prestar los servicios de documentación que requieran los trabajos de los Consejeros de Estado.

Artículo 50o. El contador y liquidador de impuestos dependerá de la misma Sección con las siguientes funciones:

a) Revisar las liquidaciones de impuestos, tasas y contribuciones practicadas por los Tribunales en los procesos correspondientes

b) Hacer las mismas operaciones en los proyectos de sentencia que haya de pronunciar el Consejo, según las instrucciones que reciba del ponente;

c) Examinar y conceptuar privadamente sobre las peritaciones relativas a materias de contabilidad que deban ser examinadas en los procesos;

d) Preparar y llevar al día el índice de leyes y reglamentos sobre impuestos y contribuciones;

e) Llevar índice relativo a doctrinas y jurisprudencias de los Tribunales y del Consejo sobre impuestos y contribuciones y coadyuvar en la preparación de los resúmenes que sobre los mismos asuntos debe mantener la Relatoría; y

f) Desempeñarse como Secretario Auxiliar de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso, según las instrucciones que reciba del Secretario General del Consejo.

CAPITULO X

DE LAS ELECCIONES

Artículo 51o. La elección de cualquiera persona solo podrá hacerse des-

pués de convocatoria escrita dirigida con tres días de anterioridad.

Artículo 52o. En la convocatoria se indicará el objeto, la fecha y la hora.

Artículo 53o. Toda elección se hará por voto secreto.

Artículo 54o. Si la Constitución o la ley no señalan el mínimo de votos necesarios para elegir, éste será el de la mayoría absoluta de los miembros que componen el Consejo.

Artículo 55o. Antes de convocar para cualquiera elección la Sala de Gobierno examinará los nombres, méritos y hoja de vida de los candidatos e informará suscintamente al Consejo Pleno, por conducto del Presidente, el resultado razonado de su examen. Si lo estima prudente podrá agregar su recomendación sobre los candidatos que considere mejor calificados.

Artículo 56o. Antes de abrir la votación el Presidente propondrá deliberar sobre los candidatos y concluída la deliberación designará a dos Consejeros para que recojan y cuenten los votos.

Artículo 57o. En cada voto solo se consignará el nombre del candidato que el elector acoja. Los comentarios, condiciones o adiciones que se agreguen al nombre del candidato se tendrán por no escritos, pero el voto será válido.

Artículo 58o. El voto es obligatorio aunque podrá votarse en blanco.

Artículo 59o. La filiación o partidos políticos sólo se tendrá en cuenta cuando así lo prescriba la Constitución o la ley. En los demás casos esa calidad será desechada.

Artículo 60. La designación la comunicará por escrito el Presidente del Consejo a la persona elegida, con la advertencia del término para aceptar, o solicitar confirmación si fuere el caso, y para la posesión.

Artículo 61o. A los Consejeros y Magistrados elegidos podrá concederse plazo para posesionarse hasta de seis meses después de la confirmación cuando así lo soliciten por motivos razonables. Mientras tanto se elegirá un interino.

CAPITULO XI

DEL PROCEDIMIENTO PARA EVACUAR LAS CONSULTAS DE QUE TRATAN LOS ARTICULOS 28, 120 (ordinal 10), 121 y 122 DE LA CONSTITUCION

Artículo 62o. El Consejo Pleno absolverá las consultas sobre aplicación de

los artículos 28, 120 (ordinal 10), 121 y 122 de la Constitución, solo cuando el Gobierno las formule por escrito.

Artículo 63o. El Presidente convocará al Consejo en cualquier día y a cualquiera hora dentro de las dos siguientes a la del recibo del escrito de consulta. La sesión podrá celebrarse en cualquier lugar adecuado pero no podrá iniciarse sino después de dos horas de convocados todos sus miembros, siempre que estén presentes las tres cuartas partes de los Consejeros o antes si este número se completare.

Artículo 64o. Además de los informes escritos suministrados por el Gobierno, el Consejo podrá solicitar los documentos o informes verbales adicionales que estime necesarios para formarse cabal conocimiento de los hechos y de sus pruebas. Estas informaciones podrán requerirse de cualquier funcionario del Gobierno. Para este fin podrá pedirse la presencia del funcionario en la sesión del Consejo.

Artículo 65o. El dictamen del Consejo se adoptará por mayoría de votos. La deliberación para el examen de los hechos se adelantará sin la presencia de los empleados del Gobierno.

Artículo 66o. El Consejo, por mayoría de votos, podrá limitar a dos veces la participación oral de cada Consejero y, si así lo pide el Presidente, a quince minutos la duración de cada una. Estas limitaciones solo se adoptarán cuando pareciere absolutamente indispensable y no serán aplicables para interrogar a los funcionarios del Gobierno cuando estuvieren presentes en la sesión.

Artículo 67o. El dictamen del Consejo será escrito y motivado y sólo podrá tener en cuenta los hechos informados por el Gobierno, lo que así se advertirá. Los que discrepen del concepto acogido por la mayoría dispondrán de no menos de treinta minutos ni más de una hora para redactar su salvamento. Los salvamentos podrán ser individuales y se enviarán al Gobierno junto con la opinión de la mayoría. Dentro de los diez días siguientes podrán ampliarse en cuanto a los motivos, tanto el dictamen principal como los salvamentos. El texto de estas ampliaciones se remitirá al Gobierno. El término para las salvedades se contará a partir del momento en que fuere aprobado el dictamen principal y será común para todos los discrepantes.

Artículo 68o. Lo ocurrido en las sesiones como sus actos serán confidenciales en el sentido de que no podrán hacerse públicos sin autorización del Gobierno. La confidencia no puede aplicarse cuando cualquiera de las Cámaras del Congreso pida informe.

Artículo 69o. El cumplimiento de otras funciones consultivas atribuídas por la Constitución o por la ley, se sujetará a procedimiento similar al prescrito en este Capítulo.

CAPITULO XII

DE LAS AUDIENCIAS PUBLICAS

Artículo 70o. El Presidente anunciará que se abre la audiencia y a continuación dará la palabra por dos veces a cada parte: en primer lugar al actor y al coadyuvante o coadyuvantes, luego al opositor y finalmente al representante del Ministerio Público.

Podrá accederse a tres intervenciones si así pareciera conveniente para mejor dilucidamiento del asunto.

Artículo 71o. Es potestativo del Presidente limitar en cada caso el tiempo de que pueden disponer las partes para discurrir, habida consideración de la naturaleza y número de los puntos que deben ser objeto del debate, al número de intervenientes y al grado de ilustración que el Consejo tenga sobre el asunto.

Artículo 72o. Cuando la audiencia no alcanzare a terminarse en una sola sesión, el Presidente señalará día y hora para continuarla.

Artículo 73o. Concluídos los alegatos, el Presidente levantará la audiencia manifestándolo de viva voz.

Artículo 74o. De las disertaciones o diálogos se hará grabación magnetofónica que el Secretario utilizará como guía para la redacción del acta. La grabación se conservará como testimonio de lo ocurrido hasta cuando todos los intervenidores aprueben el acta suscribiéndola.

Artículo 75o. En todo caso, dentro de los tres días siguientes a la terminación de la audiencia, quienes en ella hayan intervenido podrán presentar resumen escrito de su exposición el que se agregará al expediente.

CAPITULO XIII

DISPOSICIONES VARIAS

Artículo 76o. Las horas de concurrencia a las oficinas para el Secretario y

demás empleados subalternos, son de las ocho a las doce, por la mañana, y de las dos a las seis de la tarde. No obstante deberán concurrir en otras horas y aún en días feriados cuando así lo disponga el Presidente.

Artículo 77o. Los empleados tomarán posesión ante el Presidente.

Artículo 78o. El Presidente nombrará anualmente entre los Consejeros una comisión encargada de anotar las dudas, contradicciones, vacíos e inconvenientes que se vayan anotando en la aplicación de las leyes y especialmente en la del Código Contencioso Administrativo. Estas anotaciones se conservarán en la Relatoría. La comisión presentará el resultado de su trabajo en el mes de junio, a fin de que el Presidente pueda incluir sus conclusiones en el informe que debe rendir al Congreso.

Artículo 79o. Es prohibido a los Consejeros conceder audiencias particulares o privadas sobre los negocios que cursan en el Consejo. La Presidencia sólo podrá concederlas para oír quejas relacionadas con los empleados de las Secretarías.

Artículo 80o. Este reglamento no podrá ser reformado sino por Acuerdo del Consejo, aprobado en dos sesiones celebradas en días distintos y con los votos de la mayoría absoluta de los Consejeros.

Artículo 81o. Este reglamento regirá desde el 11 de Enero de 1972 y deberá publicarse en el Diario Oficial y en los Anales del Consejo.

El presente Acuerdo fue aprobado por la Sala Plena en las sesiones de fechas 9, 17 y 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1971.

Juan Hernández Sáenz
Presidente

Hernando Franco Rojas
Secretario

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

Págs.

1. ACTO ADMINISTRATIVO.

Requisitos para que exista. Modelo de contrato para los contratos que celebre la Nación con las demás entidades públicas. Según la doctrina, los actos administrativos "son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir efectos jurídicos" (Enrique Sasagués Lasso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pag. 281), o de personas u órganos distintos de la Administración, si actúan en función administrativa. Se comprenden en este concepto todos los actos administrativos, por el órgano o el contenido, habida consideración de que, en el régimen jurídico colombiano, aunque prevalece en su determinación el criterio orgánico, por excepción tiene también aplicación el material o de fondo, como sucede, por ejemplo, con los actos de elección o nombramiento que, cualquiera que sea el órgano que los dicte, se definen por la ley como administrativos, o, a contrario sensu, con los actos a que se refieren los Arts. 76, Ords. 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución reputados por el Art. 214 *ibidem* como leyes en sentido material aunque dictados por el Gobierno Nacional. Por tanto, para que exista acto administrativo se requiere, entre otros requisitos, que el funcionario u órgano que obra en función administrativa exprese su voluntad con la finalidad de producir un efecto en derecho, como sucede con todos los actos jurídicos, en forma de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales o particulares o de colocar a una o más personas determinadas en situaciones jurídicas estatutarias. Por ello los países de "régimen administrativo" se caracterizan por el poder de la Administración de dictar actos unilaterales y obligatorios y de obrar material y unilateralmente en interés público (Jean

10. ASCENSO Y RETIRO DE OFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL.

Págs.

C

11. CAPITALES EXTRANJEROS. V

Págs.

la continuidad de las labores administrativas.– La ley no señala período a los cargos subalternos de la rama jurisdiccional. Los empleados que deben desempeñarlos se designan a términos indefinido. Los incorpora, sí, al sistema de carrera judicial pero dejando parte de ellos para ser provistos libremente (decreto 250 de 1970, Art. 71). Según este estatuto, aún en los cargos de carrera, la vinculación al servicio no coincide con el ingreso a la carrera. Se puede pertenecer al servicio sin pertenecer a la carrera. El ingreso a esta, requiere, entre otros requisitos, el desempeño de un cargo en propiedad, el concurso y el haber ejercido cargos, dentro del respectivo escalafón, por tiempo no menor de tres años.– el decreto 250 de 1971, art. 130, dispone que mientras se organiza la carrera los empleados judiciales serán nombrados y removidos libremente.– Se tiene, en consecuencia, que un empleado judicial puede ser o no de carrera. En el primer caso lo ampara el derecho a la estabilidad y no puede ser removido sino por las causas y mediante los procedimientos que la ley señala.– Si no es de carrera puede ser removido libremente. Pero el período de las corporaciones o funcionarios que hayan hecho la designación no determina ni limita la vigencia del nombramiento.– La designación de funcionarios y de personal subalterno en la rama jurisdiccional es independiente una de otra. Los empleados judiciales lo son de la administración pública y no de los magistrados o de los jueces. Si éstos los designan lo hacen en nombre del Estado. Al terminar el período de la corporación o del funcionario que ha hecho la designación, el nombramiento hecho conserva su plena vigencia. El empleado judicial, de libre remoción, investido regularmente para el desempeño en propiedad de las funciones de un cargo, puede y debe desempeñarlas indefinidamente mientras no se le nombre reemplazo.– La corporación o el funcionario judicial que comienza su período, no está obligado por la ley a nombrar de nuevo al personal subalterno. Puede sí reemplazar al que, por no pertenecer a la carrera, sea de libre remoción, pero es facultad que puede ejercer o no. El personal que continúe en el desempeño de sus funciones no necesita nuevo nombramiento, ni ser ratificado en sus cargos, ni nueva posesión. Es cierto que ha sido práctica en el país que al iniciar su período legal los magistrados y los jueces, designen personal subalterno, y con gran frecuencia, nuevo personal. Pero esta es apenas una mera práctica, más allá de la ley, y en gran parte una mala práctica. A corregirla va el sistema de carrera judicial. Pero mientras esta se organiza y aún para el personal de libre remoción, el principio debe ser el de la estabilidad del servidor público que cumpla con eficiencia, lealtad y honestidad los deberes de su empleo. Así se atiende al mejor interés de la administración de justicia y a la garantía de trabajo pára quienes son indispensables colaboradores de aquélla.– (Concepto de Diciembre 17 de 1971.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Consejero Ponente: Dr: Alberto Hernández Mora.– Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.– Publicación autorizada por oficio No. 0130 de Enero 21 de 1972. Del Ministro de Hacienda y Crédito Público).– (Ver número 75 del Indice)..... 60

Págs.

13. CATASTRO NACIONAL.

Págs.

de un monopolio fiscal, primero a cargo de una Institución que fué mixta y hoy es privada: el Banco de la República; y en la actualidad con una Entidad descentralizada como lo es el Instituto de Fomento Industrial, según consta para este último en la Escritura número 1753 de 2 de abril de 1970, pasada en la Notaría Séptima de Bogotá, y el conjunto de actividades de esa administración delegada no sería lógico que escapara, en sus contenciones, al debido tratamiento y empleo del derecho público; y, en el caso concreto de las controversias por sueldos, pensiones o prestaciones legales de sus trabajadores, empleados u obreros, la competencia para dirimirlas no puede ser otra que la contemplada en nuestro Derecho Administrativo, la cual ha sido instituída en el artículo 1o. literal g) del Decreto-Ley número 528 de 1964, razones por las cuales el Consejo de Estado no considera que pudiera carecer de competencia para conocer de la presente acción laboral de plena jurisdicción.— Del estudio de los escritos presentados tanto por el apoderado de los actores, como por los representantes de la administración delegada de Salinas, se advierte una cierta confusión de términos, ocasionada a nuestro juicio, por la denominación del organismo estatal a quien se dió el encargo de manejar el monopolio fiscal de las Salinas o sea, la "Concesión de Salinas". Por ello es necesario dejar en claro que la Sala no cree que ese organismo sea una concesión en estricto sentido sino una simple delegación administrativa contractual. Ya se sabe que las cosas no son tales por el nombre que se les dé sino por la esencia intrínseca de las finalidades a que obedece su creación. En el caso presente, las Salinas marítimas y terrestres del Estado, son una propiedad de la Nación, un monopolio fiscal, como antes se dejó dicho. Y es sabido que la concesión en derecho administrativo, es uno de los procedimientos jurídicos para prestar los servicios públicos estatales. Los tratadistas la definen diciendo que es una forma de gestión de un servicio público en la cual la persona jurídica de derecho público o concedente, encarga por contrato administrativo a un particular o concesionario de hacer funcionar a sus expensas, riesgos y peligros tal servicio, permitiéndole remunerar su actividad mediante los derechos o tasas que han de cobrarse a los usuarios.— Este régimen legal, establecido para el funcionamiento del organismo administrador de las Salinas del Estado, configura una forma muy definida de descentralización por servicios, y ha servido también para transmitir a través de los convenios administrativos a que antes se hizo referencia, la delegación estatal necesaria para una administración de tipo comercial que, como la ejecutada por el Banco de la República, primeramente, y por el Instituto de Fomento Industrial (IFI), en la actualidad, garantiza mayor movilidad en sus operaciones y actividades múltiples, sin que por ello la Nación enajene ninguna de sus prerrogativas, ni eludir sus obligaciones legales frente a los trabajadores que se hallan bajo su indirecta dependencia.— Y siendo que se trata, como ya se ha dicho, de una administración delegada, los actos proferidos por el delegatorio se entienden, obviamente, como expedidos por el delegante, que lo es, en este caso, la Nación Colombiana, vale

D

E

26. ELECTORALES.

Págs.

27. ELECTORALES.

Págs.

atribución. Además, esto se corrobora, respecto de los personeros delegados en lo penal, por el Art. 25 de la ley 41 de 1948, al disponer que puede designarse en tales cargos a los suplentes de los personeros, expresión que debió entenderse, no en el sentido de que *necesariamente* deba nombrárselos, sino en el de que abona el criterio, previsto en la Constitución y sustentado en la sentencia sólo para los personeros delegados para ejidos y vivienda popular y omitido contradictoria e inexplicablemente para los personeros delegados en lo penal, que la elección corresponde a los concejos municipales, en cuanto tienen la atribución, prevista en el Art. 232 del C. de R.P.M., de designar personeros principal y suplente.– La sentencia discrimina entre personeros delegados para ejidos y vivienda popular y personeros delegados en lo penal sólo por razón de sus funciones, específicamente por considerar detalladas las de aquéllos e implícitas las de éstos, para concluir, injurídicamente, en darles distintos tratamientos constitucional y legal en cuanto a determinar el órgano que deba designarlos, no obstante que, como también sostiene la sentencia, se trata de dos empleos, con funciones segregadas de las correspondientes al Personero Municipal, creados por la ley para que éstas se ejerzan autónomamente, no por delegación del superior jerárquico, sometidos al mismo régimen de designación o nombramiento. Por tanto, si el Decreto No. 1301 de 1953 subrogó al Art. 20 de la ley 41 de 1948 que autorizaba a los Concejos municipales para crear el cargo de personero delegado para ejidos y vivienda popular, debió examinarse si estaba o no vigente el Art. 25 ibídem que facultaba a los concejos de capitales de departamentos para crear el cargo de personero delegado en lo penal; supuesta la vigencia de tal norma, como lo hace la sentencia, debió concluir ineludiblemente en que correspondía al Concejo Municipal de Ibagué la designación de ese funcionario y, por tanto, confirmar, a este respecto, la sentencia del Tribunal.– Pero, como el Art. 25 de la ley 41 de 1948 fue subrogrado por el Art. 4o. de la ley 115 del mismo año, que prescribe que "los personeros municipales de los distritos comprendidos en la ley 89 de 1936, podrán hacer uso de las atribuciones especiales conferidas al personero municipal de Bogotá en los artículos 2o. y 3o. de la ley 19 de 1937", que reiteran disposiciones posteriores (Arts. 1o. y 2o. del Decreto 965 de 1958, 1o. del Decreto 276 de 1967 y 40, Ord. 11o., del Decreto-ley No. 3133 de 1968), es evidente que, cuando se hizo la elección de personero delegado en lo penal por el Concejo Municipal de Ibagué, ya no regía la norma que legalmente lo autorizaba para crearlo, por lo que el cargo con la misma denominación, creado y previsto por el Concejo, debe entenderse, como el de ejidos y vivienda popular, como un subalterno de la Personería cuya previsión corresponda al Personero Municipal. Por tanto, procedía, como se hizo, declarar la nulidad de la elección, pero por distintos motivos.– (Salvamento de voto de los Consejeros Drs. Osvaldo Abello Noguera y Humberto Mora Osejo, a la Sentencia de septiembre 16 de 1971, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en que fué ponente el Consejero Dr.

Págs.

Págs.

remunerando trabajo igual con salario igual, eliminando la discriminación, el privilegio y el casuismo, y sentando con una escala ascendente la remuneración las bases para desarrollar un sistema de ascensos de los empleos públicos, como requisito necesario al implantamiento de la carrera administrativa.– Los decretos 1732 y 1678 de 1960, fueron derogados en la reforma administrativa de 1968, pero los nuevos estatutos siguen las mismas orientaciones de la legislación anterior, aunque, dentro de la innecesaria mutabilidad normativa de que se resiente el país en algunos frentes de su actividad, desaparecieron muchas normas que señalaban en forma más clara, técnica y precisa el funcionamiento y alcance del nuevo sistema de administración de personal.– De las disposiciones de los decretos 2285 y 3191 de 1968, dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 65 de 1967, que actualmente rigen la clasificación, nomenclatura y remuneración de los empleos de la administración nacional no descentralizada, se concluye que son principios y normas del sistema, los siguientes.– 1o.– (La nomenclatura correspondiente a las clases y series de empleos, la establece la ley. (Dto. 2285 Art. 3).– La descripción general de las funciones y calidades propias de cada clase debe hacerse en el Manual de Clasificación, que formará y conservará el Departamento Administrativo del Servicio Civil, en consulta con los organismos respectivos.– 2o.– Adoptada la Nomenclatura de los empleos y el Manual descriptivo de funciones y calidades, la clasificación de un empleo implica su ubicación en la Nomenclatura, que al mismo tiempo señala la remuneración que le corresponde.– Todos los empleos deben ser clasificados con base en el análisis de sus funciones, responsabilidades, y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño.– 3o.– El Gobierno, al crear los cargos que requieran los servicios administrativos, deberá hacerlo con sujeción y referencia a la Nomenclatura de Empleos establecida por la ley y al señalar las funciones especiales de cada empleo, deberá ajustarse a la descripción contenida en el Manual de Clasificación. (Dto. 2285 de 1968, artículo 3o).– 4o.– Cuando a un empleo se le señalen, en forma permanente, funciones que difieran sustancialmente de las anteriores, el empleo debe "reclasificarse por medio de decreto", es decir, se le debe asignar su nueva ubicación en la Nomenclatura de Cargos.– De acuerdo con la ley sólo en caso de "variación sustancial y permanente de las funciones de un empleo", está autorizada su reclasificación. (Dto. 2285/68. Parágrafo del Art. 1o).– 5o.– La Escala de Sueldos establecida por el decreto 2285 de 1968, es una tabla ascendente de remuneración en su desarrollo vertical, de $500.oo a $6.500.oo, dividida en 28 categorías.– En el sentido horizontal estructura una prima de antigüedad, adicional al sueldo básico, que se aplica a los empleados que permanezcan en el mismo cargo.– 6o. La escala en uno y otro sentido satisface propósitos distintos que no deben confundirse, ni son acumulables.– En sentido vertical responde a la necesidad de retribuír con sueldo mayor, EMPLEOS de más categoría o complejidad por sus funciones, responsabilidades, y calidades exigidas

Págs.

para su ejercicio.– En sentido horizontal, responde a la necesidad de mejorar la asignación, no ya de un empleo, sino del *empleado,* que permanezca en el mismo cargo, por el mero transcurso del tiempo. Cuando la ley habla del "mismo cargo", se refiere a empleos que tengan la misma remuneración. (Dto. 2285/68– Art. 4o.– Inc. 5o.). En el sistema salarial vigente, al empleado se le estimula, bien ascendiéndolo a cargo que tenga mayor remuneración básica, o aumentándole el sueldo con primas de antigüedad cuando continúe ejerciendo funciones comprendidas por la misma categoría en la Escala de Remuneración.– En este aspecto son muy claras las disposiciones del artículo 4o. del decreto 2285 de 1968.– Las disposiciones del decreto 3191 de 1968, son igualmente claras en el criterio que orienta la aplicación de la escala salarial, en caso de ascenso a cargo con mayor remuneración básica, y en caso de antigüedad, sin perjuicio de la remuneración alcanzada por el empleado pero sin que los dos beneficios pecuniarios sean acumulables al efectuarse la promoción:– Debe, pues, concluírse, que el ascenso a cargo de mayor remuneración básica hace peder la antigüedad, respetando, no obstante, la remuneración alcanzada por el empleado en el cargo anterior, mientras las primas correspondientes al nuevo empleo, hacen que la remuneración total del nuevo empleo supera la del anterior.– La excepción se explica, porque no sería lógico que por el hecho de ascender a un empleado se le disminuyera su sueldo actual. La ley con un criterio de equidad, respeta la remuneración alcanzada en el puesto anterior, sin perjuicio de la aplicación de las normas salariales que rigen el nuevo empleo.– 7o.– En la legislación colombiana *empleo* o *cargo* son sinónimos. Así se desprende de la simple lectura de normas constitucionales y legales.– No es posible, en consecuencia, admitir, que "cargo" y "empleo" tengan significación distinta para darle valor jurídico diferente en la aplicación de la escala salarial.– 8o. La generalidad de la nomenclatura y de la escala para todos los empleos que comprende, es esencial al nuevo sistema de administración de personal. Su modificación, o el de las funciones descritas en el Manual de Clasificación, rige para todos los empleos colocados en las mismas condiciones, y desde luego afecta o beneficia a los empleados que los desempeñan.– No es posible al Gobierno, por ser contrario a la ley, y en este caso la ley se confunde con la técnica, asignar un empleo o grupo de empleos, sin que haya cambio de sus funciones, a clase distinta a la que corresponde en la Nomenclatura de cargos, de acuerdo con el Manual descriptivo de funciones.– Este procedimiento, al que se refiere la consulta en su última pregunta, es claramente violatorio de la ley de nomenclatura que indica el sueldo que corresponde a las diferentes clases de empleos al asignarlas concretamente a una de las categorías de remuneración de la Escala y restablece, por caminos distintos, en manos de la administración, el desorden y los vicios burocráticos, que las sucesivas reformas administrativas se han propuesto eliminar.– El sistema de clasificación de los empleos públicos por deberes o funciones, adoptado en nuestra legislación siguiendo el

Págs.

44. FUNCION FISCALIZADORA DEL CONGRESO.

Competencias que se derivan de la misma. Los sistemas democráticos han consagrado como una de sus bases fundamentales el principio de la separación de las Ramas del Poder Público. Este principio se encuentra consagrado entre nosotros en el artículo 55, inciso 2o. de la Carta. Es presupuesto necesario del Estado de derecho el principio de la separación de las Ramas del Poder Público, consecuencia del mismo es la de que dichas Ramas deben ejercer control sobre las actividades de las otras.– En relación con la Rama Ejecutiva se tiene que sus actos, además del control que ejerce la misma Administración a través de los llamados recursos gubernativos –sobre todo el de apelación– están sometidos: a)– Al control jurisdiccional que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por regla general y, excepcionalmente, la justicia ordinaria; y b)– Al control político que ejerce el Congreso.– Las características del control del Congreso son: 1)– Es un control esencialmente político, pues se concreta a analizar las actuaciones administrativas y a investigar las presuntas irregularidades, más no puede llegar a la revocatoria o anulación de los actos de la Administración; 2)– Estudia, más que la legalidad de las actuaciones administrativas, la conveniencia o inconveniencia de las mismas; y, 3)– Las recomendaciones del Contralor pueden o no ser atendidas por el organismo controlado.– En nuestro derecho positivo el control político que ejerce el Congreso sobre la Administración ha sido consagrado en los artículos 96, 102, ordinal 4o. y 5o., 103, ord. 4o., 118 y 134 de la Constitución Nacional y en las leyes 65 de 1967 y 17 de 1970.– Las citadas disposiciones constitucionales permiten a las Cámaras legislativas designar Comisiones de su seno para que adelanten investigaciones en la Administración y establezcan las irregularidades y dictaminen sobre la responsabilidad política de los funcionarios administrativos, hacer comparecer a la Cámara respectiva o a las Comisiones de las mismas a Miembros del Gobierno para que informen sobre determinados asuntos o actuaciones administrativas a la Entidad citadora y a la opinión pública.– Y las disposiciones de las Leyes 65 de 1967 y 17 de 1970, da a las Comisiones VIII de las Cámaras, parte de la facultad de control que tiene el Congreso sobre las llamadas Entidades Descentralizadas. Así, para ejercer ese control, el Legislador ha dado competencia a dichas Comisiones para que: a) Conozcan en primer debate de los proyectos de ley que creen, supriman o reformen Entidades Descentralizadas y que contengan los Estatutos básicos a que deban someterse tales Entidades: preparen los proyectos de ley que consideren necesario para la mejor marcha de las entidades controladas; estudien los presupuestos de aquellos entes y presenten al Congreso y al Gobierno informes en relación con los mismos, formulando las observaciones a que hubiere lugar; y vigilar el funcionamiento de tales personas de derecho público. De lo anterior se deduce que ni la Constitución ni la Ley han atribuído al Congreso la facultad de nombrar delegados suyos en las Enti-

I

45. IMPUESTO DE RENTA.

Cargas tributarias que deben soportar las ganancias obtenidas por una sociedad en distintos países. En lo que atañe a las cargas tributarias que deban soportar las ganancias obtenidas por una sociedad en distintos países, sea a

51. IMPUESTO PREDIAL.

Págs.

Para que las maquinarias y enseres de una empresa puedan reputarse como inmuebles por destinación, para efectos del impuesto predial, es necesario que las mismas se hayan instalado para uso, cultivo y beneficio del fundo en el cual se hallan. Son inmuebles por destinación según las voces del Art. 658 del C.C., aquellos bienes que siendo muebles por su naturaleza, han sido destinados de manera permanente, "al uso y beneficio de un inmueble", a pesar de que puedan separarse del mismo sin detrimento alguno. Desde luego, esa destinación debe ser exclusiva para el uso del predio, para el cultivo del mismo, o para beneficio del inmueble por naturaleza, por lo cual el bien destinado a él, viene a convertirse en un accesorio del mismo.— Para que un mueble por naturaleza se convierta en inmueble por destinación se necesitan los siguientes requisitos: 1.) Que el dueño del mueble sea a la vez dueño del inmueble. Si el mueble pertenece a un dueño distinto, aunque esté al servicio del inmueble, conserva su verdadera naturaleza. 2.) Que el mueble esté puesto en el inmueble de una manera permanente. En cualquier momento, el dueño del mueble puede desafectarlo y, entonces, éste retorna inmediatamente a su antigua y verdadera naturaleza. Esta desafectación puede hacerse, por ejemplo, en el momento del acto jurídico de disposición, diciendo que los aperos de la labranza o minería, verbigratia, no quedan comprendidos en el legado, la venta o la hipoteca de la finca en donde están colocados. Y éstas cláusulas son perfectamente válidas. 3.) Que el mueble esté destinado por su dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble.— La expresión "uso, cultivo y beneficio" expresa la idea de que el mueble esté al servicio del inmueble, como lo exige el Art. 658 del C.C., y no al contrario.— Son inmuebles por destinación las máquinas que, además de adherir al suelo y pertenecer al dueño de éste, están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir al servicio de él. Si esto es así, es preciso estudiar, en cada caso concreto, si la maquinaria que hace parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, está también destinada por el dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble. En caso de que la maquinaria llene los tres requisitos enumerados, ella es un inmueble por destinación. Si falta cualquiera de los tres requisitos, la maquinaria es un simple mueble.— Según normas especiales los inmuebles por destinación están, al igual que los inmuebles por naturaleza, también sujetos al impuesto predial y, como esas mismas normas se refieren al concepto que de inmuebles por destinación da el Art. 658 del C.C., se tiene que volver siempre a la recta interpretación de este artículo, a fin de evitar consecuencias fiscales injustas.— Los establecimientos industriales y comerciales, como tales, además del impuesto sobre el patrimonio, pagan a los respectivos municipios, el impuesto de industria y comercio. Ahora bien, si la maquinaria perteneciente a una industria queda englobada en el avalúo de la tierra para efectos de la liquidación del

Págs.

57. INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.

Régimen legal de sus trabajadores. El Régimen de prestaciones sociales de los trabajadores oficiales fue señalado conjuntamente con el de los empleados públicos en el Decreto 3135 de 1968, con el objeto de unificarlo para ambos grupos de servidores del Estado. Al señalar la ley de modo expreso dichas prestaciones, sustrajo del régimen del Código Sustantivo del Trabajo y del campo de la contratación esa materia, pues admitir lo contrario equivaldría a sostener que el régimen prestacional de los trabajadores oficiales puede ser diferente al de los empleados públicos lo cual pugna con el espíritu del Decreto 3135 y es extraño a su texto, en el que no se previó que sus prescripciones pudieran ser modificadas contractualmente, como lo hizo el Decreto 1848 de 1969, artículo 7o., numeral 2o;.– En cambio, en cuanto al contrato de trabajo individual que liga a los trabajadores oficiales con la Administración, no existiendo una regulación especial del mismo en el sector público y siendo la relación laboral sustancialmente la misma, trátese del sector público o del privado, tal relación se rige por las normas generales del Código Sustantivo del Trabajo, cuyas disposiciones regulan los aspectos de esa relación que no tengan carácter prestacional o sobre los cuales no exista ley especial que los reglamente expresamente. Es solo en este sentido como debe entenderse la calificación que de "trabajadores particulares" dá el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948 a los servidores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, después de la expedición del Decreto 3135 en mención. La circunstancia de que el Consejo de Estado, mediante fallo de 27 de julio de 1971, anulara del artículo 6o. del Decreto 1848 de 1969 la parte en que disponía que el contrato de los trabajadores oficiales se regiría "por las normas que regulan la materia en el Código Sustantivo del Trabajo", no invalida la segunda afirmación, por cuanto la citada sentencia no plantea en sí el problema de la ley que se aplica a tales convenios, sino que simplemente concluye sobre extralimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno al entrar a determinar esa materia. El artículo 7o. del Decreto 1848 de 1969, numeral 2o., ha de entenderse como referido a las convenciones colectivas ya celebradas y a los laudos arbitrales vigentes en la fecha de su expedición, es decir, respetando las situaciones jurídicas concretas anteriores, mas no como la posibilidad de establecer convencionalmente un tratamiento prestacional menos ventajoso que el consignado en el Decreto 3135, pero tampoco que rebase sus prescripciones.– Si se trata de prestaciones sociales se aplica el Decreto 3135 de 1968, y si se trata de materias contractuales, se estará a las estipulaciones del respectivo contrato individual o a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, si no existen regulaciones expresas en leyes especiales que hayan previsto tales eventos en relación con el sector oficial.– (Concepto de 22 de Septiembre de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica. Explicación de voto del Dr.

Págs.

Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta".— Para admitir o rechazar la demanda precisa examinar, conforme a los Arts. 84 a 86 del C.C.A., los presupuestos procesales o "requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal", sin los cuales "no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de agosto de 1954, G.J. Tomo LXXVIII, Pag. 348). En el caso *sub judice,* como sostiene el auto suplicado, la demanda reúne los requisitos formales; pero se la inadmitió por falta del presupuesto procesal de la competencia para conocer, por haberse estimado que el acto acusado es parte integrante de un acuerdo o convenio internacional, que no es del conocimiento, *ratione materiae,* del Consejo de Estado.— Sin embargo, la nota o comunicación del señor Ministro de Relaciones Exteriores del 22 de noviembre de 1952, dirigida al señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia, en principio, formalmente considerada, constituye un acto administrativo unilateral, contra el cual procede la acción de nulidad propuesta, de conocimiento del Consejo en única instancia; pues, de su contexto no se deduce *in limine* que sea parte integrante de un tratado o convenio internacional.— Cierto que obra en el expediente la nota o comunicación del señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia, de respuesta a la nota colombiana; pero, por una parte, en la demanda se pide que se declare la nulidad de ésta, como acto unilateral del señor Ministro de Relaciones Exteriores que, formalmente considera, tiene tal característica; y, además, aunque aducida al expediente, aquélla constituye una prueba, cuyo mérito sólo puede estimarse en la oportunidad procesal de decidir, previa la tramitación del juicio. Por tanto, sólo entonces se puede evaluar esa comunicación en relación con el acto acusado, determinar la índole o naturaleza de éste y si el Consejo tiene o no jurisdicción y competencia para revisarlo.— Podría *arguirse* que el acto acusado, por referirse a relaciones diplomáticas, es de carácter político, no susceptible del control jurisdiccional. Pero, aunque este criterio ha sido sustentado por la jurisprudencia francesa para sustraer de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos relativos a las relaciones diplomáticas y a los de la Administración con el Parlamento, por una parte, en el mismo país de origen se reduce su ámbito, hasta circunscribirse sólo a los actos señalados como tales por la jurisprudencia (Raymond Odent. Contentieux administratif, Les Cous de Droit, Fascícule I. Págs. 205 a 209); además, en el régimen jurídico colombiano todos los actos administrativos, salvo los casos específica y expresamente comprendidos en los Ords. 2o. y 3o. del Art. 73 del C.C.A. (Arts. 20 del Decreto-Ley No. 528 de 1964), cualquiera que sea su finalidad o naturaleza, pueden someterse, en principio y mediante las acciones pertinentes, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.— (Auto de

M

Págs.

P

Págs.

66. PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES.

Págs.

79. PROMULGACION DE LA LEY.

La Ley tiene que ser conocida por aquellos a quienes se dirige, por aquellos que van a estar sujetos a ella. No se concibe que una ley secreta o reservada pueda crear obligaciones para los ciudadanos. De ahí la necesidad de la promulgación de la ley, entendida como el conocimiento que de la ley se da por uno u otro medio, de acuerdo con las distintas legislaciones. La necesidad de la promulgación de la ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada y ha sido ratificada, en distintas providencias, por el Consejo de Estado (ver auto de 5 de marzo de 1969, Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro).– La Constitución Nacional, en sus artículos 85. 89 y 120 numeral 2, menciona la promulgación de la Ley, para decir que el Presidente de la República está obligado a hacerla y que, en su defecto, la hará el Presidente del Congreso pero, las normas constitucionales no reglamentan la vigencia de las leyes, de donde puede deducirse que el constituyente defiere a la ley tal reglamentación. Y el legislador la ha hecho por medio de los artículos 52 y 53 de la ley 4a. de 1913. Código Político y Municipal.– El primero de esos artículos dice que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y que su observancia principia dos meses después de promulgada, consistiendo la promulgación en insertar la ley en el Diario Oficial.– El segundo artículo dice que, cuando la ley fije el día en que debe principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, la ley comenzará a regir el día señalado.– Para el Consejo de Estado no hay duda acerca de la importancia de la publicación como requisito indispensable para que los ciudadanos puedan ser requeridos a someter su conducta a la norma jurídica y para que la observancia de ésta pueda ser exigida coactivamente y penada su violación. Sinembargo, reconociendo el principio de que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, el Consejo de Estado ha sostenido, en varias ocasiones que este principio puede tener excepciones. Entre éstas se admite que ciertas leyes que no imponen obligaciones o restricciones a los Gobernados y que se encaminan de preferencia a poner en movimiento los mecanismos del Gobierno para que cumplan con sus deberes puedan aplicarse antes de ser publicadas, siempre que los funcionarios que deban ejecutarlas las conozcan por cualquier medio idóneo y solo en cuanto su aplicación no incida en modo

Q

81. QUIMICOS FARMACEUTICOS.

R

S

85. SEGUROS.

Págs.

productivos y por ello interviene el Estado en este aspecto de la actividad de las entidades aseguradoras a fin de que inviertan sus reservas teniendo en cuenta los criterios de seguridad, interés adecuado, diversificación, liquidez y vencimiento.– El régimen legal de inversiones está reglamentado por el Decreto-Ley 1691 de 1960, expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias de que fue investido por el artículo 6o. de la ley 130 de 1959 y por la resolución No. 0210 del mismo año, reglamentaria del mencionado decreto, dictada por la Superintendencia Bancaria. No se considera necesario para los fines de este estudio entrar en el detalle de las inversiones admisibles el cual puede verse en los artículos 2o. y 3o. del ya citado decreto 1691 de 1960.– Ahora bien: el objeto de tales reservas, inversiones y demás previsiones hechas por el Estado, tiene por finalidad dar mayor estabilidad financiera a la empresa aseguradora, con el fin de defender los intereses de los asegurados que es misión fundamental que corresponde a aquél por mandato mismo de la Constitución porque las autoridades públicas no sólo están establecidas para defender la honra y vida sino también los bienes de los asociados. Es evidente que los asegurados al tomar sus pólizas depositan una máxima confianza en la compañía, se crean esperanzas legítimas de garantía a favor de los beneficiarios y hacen sacrificios económicos muchas veces de consideración para dar protección a la familia y en general a aquellos seres que más ligados están a sus sentimientos. Entonces, el Estado no puede permanecer indiferente ante tan trascendentales e importantes intereses; al contrario, debe vigilarlos, debe protegerlos, debe asegurarlos y por ello la necesidad de tomar todas estas previsiones para que a la postre las ilusiones y esperanzas de los asegurados no caigan en el vacío, no resulten defraudadas.– Es esa una misión esencial y fundamental del Estado, sino la cumpliera estaría faltando gravemente a su deber; esa misión se hace más visible en los tiempos modernos en que el intervencionismo de estado avanza en forma creciente, aunque a veces exagerada. Pero ese es el signo de los tiempos nuevos.– Tenemos entonces que si las compañías de seguros necesitan la vigilancia del Estado que se traduce en las medidas cautelares ya analizadas, no se explicaría cómo las autoridades pudieran cruzarse de brazos frente a las compañías reaseguradoras que cumplen una misión tan o más importante que las aseguradoras. Aquí el Estado interviene para defender en forma inmediata a las compañías aseguradas y en forma mediata a los asegurados, al grueso público, por el sencillo juego de los traspasos de los riesgos, ya que si las compañías directamente aseguradoras pasan parte de sus riesgos a otras aseguradoras de ellas mismas que toman el nombre de reaseguradoras, esos riesgos necesitan también las previsiones legales para garantizar la confianza que en la reaseguradora deposita la aseguradora. No puede por consiguiente sostenerse siquiera con mediana lógica que mientras el Gobierno en cumplimiento de su deber de preservar y garantizar los intereses generales vigila las compañías de seguros dejara de hacerlo con las compañías de reaseguro que, como ya se explicó

Págs.

único organismo del gobierno especializado en esta clase de labores y en capacidad de efectuarla, debe cumplirse sin interferir, y por el contrario asegurando la destinación específica que para fines científicos y educativos le dió expresamente el legislador a la Sierra "La Macarena" como reserva biológica integral y como monumento de la naturaleza incorporado al patrimonio nacional.– Al INDERENA no le corresponde reglamentar el funcionamiento y las actividades que deben desarrollarse en "La Macarena". Incorporada como está la reserva a la Universidad Nacional y destinada a fines científicos y educativos, las actividades que en ella se desarrollen debe organizarlas y administrarlas la Universidad Nacional, como lo dispone expresamente el decreto 438 de 1949.– En la Sierra "La Macarena" pueden adelantar investigaciones científicas no solo la Universidad Nacional sino también los organismos oficiales calificados legalmente para hacerlo, y las entidades científicas nacionales o extranjeras que contrate o acepte el Gobierno, pero bajo la coordinación de la Universidad Nacional.– EL INDERENA puede y debe utilizar la reserva "La Macarena" en las investigaciones y labores que sean necesarias al cumplimiento de los fines del Instituto y hacer las inversiones que ellas demanden, (Dcto. 2420, art. 23 – c), aunque se repite, de acuerdo con la Universidad Nacional, a la que corresponde "la organización técnica y administrativa" de todas las investigaciones que en ella se realicen, y a la que, además, está incorporada orgánicamente la reserva.– Mientras estén vigentes la ley 52 de 1948 y 163 de 1959, art. 5o., ninguna entidad oficial puede hacer adjudicación de tierras dentro del área de la Sierra "La Macarena", delimitada por el decreto 2963 de 1965, ni tampoco puede ser objeto de concesión a particulares para exploraciones y explotaciones de recursos naturales.– Declarada como está la Sierra "La Macarena" por el propio legislador monumento nacional por su importancia científica y destinada también por mandato legal, como reserva biológica integral, a la investigación científica, a fines educativos y al aprovechamiento de sus riquezas biológicas para el desarrollo económico y social de los Llanos Orientales, el régimen jurídico de la reserva no puede ser otro que el señalado por la ley, sin que esté dentro de las atribuciones legales del INDERENA cambiarlo para organizar en la reserva un Parque Nacional Natural, o darle régimen distinto al que le corresponde como reserva integral.– Como reserva biológica destinada a la investigación científica y como monumento nacional, la Sierra "La Macarena" tiene linderos señalados por el decreto 2963 de 1965, dictado en ejercicio de expresa facultad que al Gobierno confirió el legislador en la ley 52 de 1948. Cumplido el mandato legal, la facultad se agotó para el Gobierno, y solamente el legislador podría modificar los linderos señalados.– Sometida la Sierra "La Macarena" a las normas especiales de la ley 52 de 1948 y de la ley 163 de 1959, el INDERENA no tiene facultad legal en relación con esta reserva, para excluír de ella zonas comprendidas en el área delimitada por el decreto 2963 de 1965.– (Concepto de septiembre 20 de 1971. Sala de Consulta y Servicio

U

V

92. VIGILANCIA DEL CONGRESO A LA GESTION DEL EJECUTIVO.

Págs.

funciones de control que les corresponde. Dichas corporaciones no pueden apelar a formar distintas de acción, porque las autoridades sólo pueden actuar dentro del campo que les está expresamente señalado.– Cuando la Carta quiere establecer una excepción al principio de que el Congreso no debe inmiscuirse en las funciones de otras ramas del poder, lo hace de una manera expresa, como en el inciso final del artículo 80, que permite la designación de tres miembros de cada Cámara para que concurran, con carácter informativo, ante los organismos nacionales de planeación, o como lo dispone el artículo 186, que da a los senadores y representantes voz en los organismos departamentales de planeación que organice la ley.– En consecuencia, es inconstitucional la designación de representantes permanentes de las Cámaras o de sus Comisiones en cualquier organismo administrativo, salvo lo previsto en los citados artículos 80 y 186.– El artículo 5o. de la ley 65 de 1967, que creó la Comisión 8a. de la Cámara, le dió competencia para: a) conocer, en primer debate, de proyectos de ley; b) estudiar presupuestos de establecimientos públicos y otros organismos descentralizados, el funcionamiento de los mismos, presentar informes y observaciones sobre ellos y preparar proyectos de ley para su mejor marcha.– En estas disposiciones no se observa facultad alguna para intervenir directamente en la Administración de las entidades citadas, ni para designar miembros permanentes en su junta. Sólo se da autorización para el estudio de sus presupuestos y funcionamiento, pero solamente por los medios generales previstos en la Constitución.– Más restrictiva es la competencia que a la Comisión 8a. le otorga la ley vigente, reglamentaria de las Comisiones, que es la ley 17 de 1970, cuyo artículo 6o., al tratar de la comisión 8a., le atribuye la potestad para conocer los proyectos de ley sobre establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta; para preparar los proyectos de ley necesarios para la buena marcha de dichas entidades y para estudiar los presupuestos de las mismas para su revisión en la Comisión 4a.– Es verdad que, en el literal a) de dicho artículo, se agrega la frase de que la comisión vigilará el funcionamiento de las mencionadas entidades. Pero, parece claro que la Comisión 8a. solamente puede cumplir dichas funciones de vigilancia mediante los mecanismos de control previstos por la Constitución, porque, en ninguna parte de la Carta, se autoriza al Congreso para ejercer la vigilancia sobre la Administración, por medio directos de ingerencia en la gestión administrativa, para orientarla o corregirla desde dentro de ella misma, función que ni siquiera se otorga a la Contraloría, a la cual solamente se la faculta para vigilar la actividad fiscal, con la advertencia de que "no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización"- (artículo 59 C.N.).– Las normas de la ley hay que entenderlas conforme a las superiores de la Constitución, porque, si se quisiere extender los efectos de la vigilancia más allá de lo que permite la Constitución, tal ley sería contraria a ésta y, por consiguiente, inaplicable, de conformidad con el artículo 215 C.N.– En síntesis,

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

•

FUNCION CONSULTIVA

Título único

CONSULTAS DEL GOBIERNO

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

Título I

ORDEN NACIONAL

Capítulo Primero: DECRETOS DEL GOBIERNO.

Págs.

Capítulo Segundo: RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

Capítulo Tercero: ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

Págs.

Título II

ORDEN DEPARTAMENTAL

Capítulo Primero: ORDENANZAS DEPARTAMENTALES:

Capítulo Segundo: ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

Págs.

Título III

ORDEN MUNICIPAL

Capítulo Unico: ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

Título IV

INDEMNIZACIONES

Capítulo Primero: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Capítulo Segundo: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Págs.

Título V

JUICIOS ELECTORALES

Título VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

Capítulo Unico: IMPUESTOS NACIONALES.

Título VII

ACTOS DEL GOBIERNO DE CARACTER INTERNACIONAL

TITULO VIII

ACTOS DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE CARACTER ADMINISTRATIVO

ASUNTOS VARIOS

INDICES

Esta obra se editó en los talleres de
publicaciones del Fondo Rotatorio
del Ministerio de Justicia.

1974

BOGOTA, D. E.