

REPUBLICA DE COLOMBIA

422

ANNALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO



KLIX

TOMO LXXXVI

441 - 442
NUMEROS ~~429~~ - ~~440~~

1974

PRIMER SEMESTRE

RELATORES

UBIA GONZALEZ CERON

Dr. PEDRO TORRES SUAREZ

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

INVENTARIO	H-	6236	NUMERO
COMPRA	CANJE	DO. W. ION	CLASIFICACION
FECHA:			
PRECIO:			
PROCEDECIA:			
PAS			

CONSEJO DE ESTADO

PRIMER SEMESTRE 1974

SALA PLENA

PRESIDENTE:
VICEPRESIDENTE:

DR. EDUARDO AGUILAR VELEZ
DR. ALVARO OREJUELA GOMEZ

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA:

DR. ALFONSO ARANGO HENAO
DR. HUMBERTO MORA OSEJO
DR. JORGE DAVILA HERNANDEZ
DR. CARLOS GALINDO PINILLA

SECCION TERCERA:

DR. ALFONSO CASTILLA SAIZ
DR. CARLOS PORTOCARRERO MUTIS
DR. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ
DR. OSVALDO ABELLO NOGUERA

SECCION SEGUNDA:

DR. NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ
DR. EDUARDO AGUILAR VELEZ
DR. ALVARO OREJUELA GOMEZ
DR. RAFAEL TAFUR HERRAN

SECCION CUARTA:

DR. MIGUEL LLERAS PIZARRO
DR. JUAN HERNANDEZ SAENZ
DR. GUSTAVO SALAZAR TAPIERO
DR. BERNARDO ORTIZ AMAYA

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

DR. LUIS CARLOS SACHICA
DR. MARIO LATORRE RUEDA

DR. JAIME BETANCUR CUARTAS
DR. MARIO RODRIGUEZ MONSALVE

FISCALES:

FISCAL PRIMERO:

DR. CARLOS RAMIREZ ARCHILA

FISCAL TERCERO:

DR. MANUEL J. SOLANILLA NIETO

FISCAL SEGUNDO:

DR. GILBERTO GARTNER POSADA

FISCAL CUARTO:

DRA. HAYDEE ANZOLA LINARES

RELATORES:

DR. CAMILO VARGAS AYALA

DR. LUIS C. PEREZ MONTOYA

SECRETARIO GENERAL

HERNANDO FRANCO ROJAS



PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO
Consultas del Gobierno

**CONSULTAS DEL GOBIERNO
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

CONTADORES PUBLICOS. No es indispensable la firma del Contador en un balance certificado, cuando este balance es firmado por el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad. Sin embargo, si ese balance lo firma un Contador, éste debe ser un Contador Público. Cuando se trata de sociedades a las que la Ley no exige que tengan revisor fiscal, el balance certificado en este caso sí debe ser firmado por el Contador.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda

*Bogotá, D.E., treinta y uno de enero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Radicado No. 31

El Ministro de Educación Nacional formuló la siguiente Consulta:

“Este Despacho, con fundamento en lo preceptuado en el Artículo 141 de la Constitución Nacional, y en el 23 del Código Contencioso Administrativo se permite someter a la consideración de esa Corporación, en vía de consulta, y para su puntualización, algunos aspectos que han ofrecido dificultad y dudas en la aplicación de la Ley 145 de 1960 y de los decretos reglamentarios.

Teniendo en cuenta la Ley 145 de 1960, especialmente en sus Artículos 1o., 2o. y 8o., lo mismo que los Artículos 289 y 290 del Código de Comercio y los Decretos reglamentarios de la Ley 145 de 1960 números: 1109 de 1963 y 1776 de 1973,

SE CONSULTA:

¿Es imprescindible la firma del Contador de la sociedad para la certificación de balances a que se refiere el Artículo 290 del Código de Comercio, o para que el balance quede certificado basta con las firmas autógrafas del representante legal y del Revisor fiscal?

—¿En caso de que la firma del Contador de la sociedad sea absolutamente indispensable para la certificación del balance, debe éste llenar el requisito de ser Contador Público? ”.

1. Para considerar este asunto es conveniente comenzar por transcribir las normas a que se hace referencia en la Consulta:

“Artículo 289. Las sociedades sometidas a vigilancia enviarán a la Superintendencia copias de los balances de fin de ejercicio con el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y en todo caso del cortado en 31 de diciembre de cada año, elaborados conforme a la Ley. Dicho balance será “certificado”.

La Superintendencia hará las observaciones del caso, cuando el balance no se ajuste a las prescripciones sobre la materia. 110n. 8, 151, 207 n. 7, 267 n. 8, 291”.

“Artículo 290. El balance certificado es el suscrito con las firmas autógrafas del representante legal, del contador de la sociedad y del revisor fiscal, si lo hubiere. 170, 207 n. 7, 449, 529, L. 145/60”.

“Artículo 291. Al balance y a la cuenta de resultados se anexarán las siguientes informaciones:

1. Las sociedades por acciones indicarán el número de acciones en que esté dividido el capital, su valor nominal, y las que hayan readquirido. Si existen acciones privilegiadas o distinguidas por clases o series, se especificarán las diferencias o privilegios de unas y otras;

2. En lo concerniente a las inversiones en sociedades se indicará el número de acciones, cuotas o partes de interés, su costo, el valor nominal, la denominación o razón social, la nacionalidad y el capital de la compañía en la cual se haya efectuado dicha inversión.”

3. El detalle de las cuentas de orden con su valor y fecha de vencimiento;
 4. Un estudio de las cuentas que hayan tenido modificaciones de importancia en relación con el balance anterior, y
 5. Los índices de solvencia, rendimiento y liquidez con un análisis comparativo de dichos índices en relación con los dos últimos ejercicios. 448".
2. Como se trata en el fondo de las funciones del revisor fiscal y del contador, es igualmente conveniente hacer la transcripción de algunos Artículos del mismo Código en relación al revisor fiscal:

"Artículo 204. La elección de revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la asamblea o de la junta de socios.

En las comanditarias por acciones, el revisor fiscal será elegido por la mayoría de votos de los comanditarios.

Las sucursales de sociedades extranjeras lo designará el órgano competente de acuerdo con los estatutos. 187 n. 4, 199, 420 n. 4".

"Artículo 210. Cuando las circunstancias lo exijan, a juicio de la asamblea o de la junta de socios, el revisor podrá tener auxiliares u otros colaboradores nombrados y removidos libremente por él, que obrarán bajo su dirección y responsabilidad, con la remuneración que fije la asamblea o junta de socios, sin perjuicio de que los revisores tengan colaboradores o auxiliares contratados y remunerados libremente por ellos.

El revisor fiscal solamente, estará bajo la dependencia de la asamblea o de la junta de socios".

"Artículo 203. Deberán tener revisor fiscal:

1. Las sociedades por acciones;
2. Las sucursales de compañías extranjeras, y
3. Las sociedades en las que, por la Ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital.

n. 1: 343, 373.

n. 2: 469, 470.

n. 3: 110 n. 13, 207 Parág. 215, 294, 323, 353. L. 145/60, 12. D. 2373/56”.

“Artículo 207. Son funciones del revisor fiscal:

1. Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;

2. Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;

3. Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;

4. Velar porque se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;

5. Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;

6. Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;

7. Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;

8. Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y

9. Cumplir las demás atribuciones que le señalen las Leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.

Parágrafo. En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo de revisor fiscal, este ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la Junta de Socios o Asamblea General, ejercerá las funciones indicadas en este Artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales ni dictaminar sobre ellos. 110 n. 13, 187, 290.

“Artículo 208. El dictamen o informe del revisor fiscal sobre los balances generales deberá expresar, por lo menos:

1. Si ha obtenido las informaciones necesarias para cumplir sus funciones;
2. Si en el curso de la revisión se han seguido los procedimientos aconsejados por la técnica de la interventoría de cuentas;
3. Si en su concepto la contabilidad se lleva conforme a las normas legales y a la técnica contable, y si las operaciones registradas se ajustan a los estatutos y a las decisiones de la asamblea o junta directiva, en su caso;
4. Si el balance y el estado de pérdidas y ganancias han sido tomados fielmente de los libros; y si en su opinión el primero presenta en forma fidedigna, de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas, la respectiva situación financiera al terminar el período revisado, y el segundo refleja el resultado de las operaciones en dicho período, y
5. Las reservas o salvedades que tenga sobre la fidelidad de los estados financieros. 209, 290, 291, 446”.

“Artículo 213. El revisor fiscal tendrá derecho a intervenir en las deliberaciones de la asamblea o de la junta de socios, y en las de juntas directivas o consejos de administración, aunque sin derecho a voto, cuando sea citado a éstas. Tendrá así mismo derecho a inspeccionar en cualquier tiempo los libros de contabilidad, libros de actas, correspondencia, comprobantes de las cuentas y demás papeles de la sociedad. 61, 225, 489”.

“Artículo 215. El revisor fiscal deberá ser contador público. Ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor en más de cinco sociedades por acciones.

Con todo, cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales, éstas deberán nombrar un contador público para cada revisoría, que desempeñe personalmente el cargo, en los términos del Artículo 12 de la Ley 145 de 1960. En caso de falta del nombrado, actuarán los suplentes. L. 145/60, 12. Ds. 2373/56; 3131/56”.

Además, es bueno agregar otras disposiciones del mismo Código:

“Artículo 110. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

12. El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la Ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados;

13. Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la Ley o en los estatutos”.

3. De la transcripción de todas estas disposiciones queda muy claro por el origen de su designación, por la dependencia particular a que está sometido, por la facultad misma que se le concede de intervenir en las distintas deliberaciones de los órganos de la sociedad, fuera de otras cuestiones a las que no hay para qué hacer referencia especial, que el revisor fiscal tiene, dentro de una sociedad, una importancia y más que todo una calidad distinta si se compara a los empleados de la misma sociedad. Tiene igualmente una responsabilidad por sus funciones, y también para tratar de resumir este aspecto, ante la asamblea de socios, de ahí ante la misma sociedad de la cual es revisor y, más ampliamente, ante el Estado. Junto a esto, y precisamente por esta calidad y esta responsabilidad, se le otorga la mayor independencia dentro de esa sociedad.

Entre las muchas funciones que se le atribuyen, vale la pena destacarlo, está la que le confiere el numeral 4 del Artículo 207 que dice en uno de sus apartes: “Velar porque se lleven regularmente la contabilidad (. . .) impartiendo las instrucciones necesarias para tal fin”.

4. Dicho lo anterior, debe establecerse la relación de todas estas disposiciones con el Artículo 290 que aparentemente, exige que el balance certificado debe ser firmado tanto por el revisor fiscal como el contador de una sociedad. En primer término, la Ley, más claramente un Artículo como es en este caso, y es regla bien sabida, no puede interpretarse aisladamente, fuera

del contexto que regula la materia. Entonces, si se compaginan todas estas disposiciones, principalmente si se tiene en cuenta que el revisor debe ser un contador público y se consideran las funciones y atribuciones que tiene – mucho más importantes y mucho más amplias que las de un simple contador en esa sociedad– es forzoso concluir que la firma del contador en un balance, a más de la del revisor fiscal y de la del representante legal claro está, no agrega ni quita nada a ese balance para usar esa expresión común. El balance, también para decirlo así, está completo con las solas firmas del representante legal y del revisor fiscal ya que con la firma de este último se establece, entre otras muchas cosas, que este balance corresponde a la realidad, que las operaciones se hicieron de acuerdo con la ciencia contable etc.

Siendo esto así, como lo es, y teniendo en cuenta que la Ley debe cumplir una finalidad, que no se prescriben con ella cuestiones ociosas, que sobren o sean inútiles, es también forzoso concluir que esta clase de balances y en estas clases de sociedades, (como precisaremos después), basta la firma del representante legal y del revisor fiscal.

5. Ahora, nada obsta, dejando en claro lo anterior, para que el balance certificado de estas sociedades sea firmado también, a más del representante legal y el revisor fiscal, por el contador, pero en este caso, necesariamente, debe ser éste un contador público.

En esto entra otro aspecto y otras normas que hay que tener en cuenta, principalmente la Ley 145 de 1960. Se trata de la reglamentación de una profesión que, como en el caso de cualquier otra regulación profesional, cumple a grandes rasgos dos fines complementarios: uno de protección de esa profesión y otro de protección de la colectividad en general.

El primer fin se presenta, como es bien sabido, por el desarrollo de los conocimientos, por su perfeccionamiento; por haberse convertido esa profesión en una ciencia o arte que hace que sus conocimientos deban ser impartidos por escuelas especiales o se adquieran por una práctica, pero no por una práctica cualquiera sino por una práctica determinada y regulada. Eso ha pasado con todas las profesiones, la arquitectura, el derecho, la medicina, casi la profesión que se quiera. La contaduría no es una excepción. Para ser contador se requiere, pues, tener un conjunto de conocimientos que deben adquirirse con el lleno de determinados requisitos que fija el Estado. Sólo quien llene estos requisitos, establecidos en Colombia en la Ley 145 de 1960, es contador público. Más clara y simplemente, no es que haya varias clases de contadores: unos simplemente contadores y otros contadores públicos; no hay sino una clase de contadores: contadores públicos. En la misma forma en que no hay sino una clase de médicos, abogados, arquitectos etc: son aquellos que, en cada caso, han llenado los requisitos que fija el Estado, y que le permiten, legalmente, ejercer esa profesión. Una persona, para expresarlo en

la misma forma sencilla, puede tener los conocimientos que se quiera sobre una ciencia o arte, digamos la medicina o la arquitectura, pero si no ha cumplido con las regulaciones que fija el Estado, no puede ejercer la profesión de médico o arquitecto. Por lo tanto, si una Ley, utilizando esta expresión en sentido amplio, se refiere a que determinado acto debe ser cumplido por un médico o un arquitecto, ese acto debe ser cumplido por un médico o un arquitecto al que el Estado, al fin de cuentas, ha autorizado para ejercer esa profesión, inclusive para llamarse médico o arquitecto.

Y lo mismo es en relación a los contadores: si una Ley se refiere a que un acto debe ser cumplido por un contador ese acto tiene que ser ejecutado por un contador público que es aquel que ha cumplido primordialmente con los requisitos que señala la Ley 145 de 1960 en relación a esta profesión; si quien no ha cumplido esos requisitos, asume la calidad de contador está ejerciendo ilegalmente una profesión y cae bajo la sanción de la Ley. Lo que sucede, como lo establece la misma Ley 145, es que puede ejercerse libremente la teneduría de libros, pero esto es una actividad en cierta forma distinta y un tenedor de libros no es necesariamente un contador.

Ahora estas regulaciones sobre las profesiones, y es el otro aspecto al que se hizo referencia en el punto 5 y sobre el cual no hay para que extenderse, se dictan también para proteger a todos los miembros de la colectividad: para que, en resumen, quien recurra a un profesional, que lo es tal por haber llenado los requisitos que señala el Estado para el ejercicio de esta profesión, pueda ser atendido bien y honestamente, pues puede por eso presumirse que ese profesional tiene los conocimientos y acata los principios de esa profesión.

Vale la pena citar en relación a lo que se ha venido diciendo algunos Artículos de la Ley 145 de 1960:

“Artículo 1o. Se entenderá por contador público la persona natural que mediante la inscripción que acredita su competencia profesional queda facultada para dar fe pública de determinados actos así como para desempeñar ciertos cargos, en los términos de la presente Ley.

La relación de dependencia laboral inhabilita al contador para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador, salvo en lo referente a las funciones propias de los revisores fiscales de las sociedades”.

“Artículo 2o. Sólo podrán ejercer la profesión de contador público las personas que hayan cumplido con los requisitos señalados en esta Ley y en las normas que la reglamenten.

(\$ 1.000.00) pesos, de acuerdo con la reglamentación que al respecto dicte el Gobierno.

La teneduría de libros podrá ejercerse libremente.

“Artículo 3o. Habrá una sola clase de contadores públicos y podrán ser titulados o autorizados, según el caso.

6. De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo y en relación a las preguntas concretas formuladas por el Ministro se contestan ambas así:

1. No es imprescindible la firma del contador en un balance certificado a que hace referencia el Artículo 290 cuando este balance es firmado por el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad.

2. Sin embargo, si ese balance lo firma un contador, este debe ser un contador público y lo es aquel que ha cumplido los requisitos de la Ley 145 de 1960.

3. Si se trata de Sociedades a las que la Ley no exige que tengan revisor fiscal y por ser potestativo su nombramiento no tienen esas sociedades revisor fiscal, el balance certificado en este caso sí debe ser firmado por el contador, igualmente entendiéndose por tal el así definido por la misma Ley 145 que se ha venido citando.

Mario Latorre Rueda
Presidente

Jaime Betancur Cuartas

Luis Carlos Sáchica

Mario Rodríguez Monsalve

Edné Cohen Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

PENSION VITALICIA. De Ex-Presidente de la República. Concepto de ex-presidente. El Designado que ha reemplazado al Presidente tiene la calidad de ex-presidente desde el momento mismo en que cese en el ejercicio del cargo y, en consecuencia, desde ese instante es acreedor a la pensión

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Dr. Mario Rodríguez M.

*Bogotá, D.E., ocho de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Radicado No. 838

Formula el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público las siguientes preguntas:

“1. ¿El Designado que reemplace al Presidente de la República es sujeto pensionable y con qué requisito? ; y

“2. ¿Si lo es, desde qué momento es acreedor al pago? ”.

En la consulta se hace un breve recuento histórico de la legislación en materia de pensiones para quienes han ejercido la Presidencia de la Repú-

blica, a saber: Leyes 50 de 1886, 29 de 1905, 183 de 1938, 22 de 1952, 48 de 1962 y 83 de 1968, y se plantea la necesidad de establecer la extensión del concepto ex-presidente. Si solo es predicable de quien es elegido en primer grado por el pueblo y que a tal título desempeña el cargo, o si también corresponde al que es designado por el Congreso para reemplazar a aquél o sucederle accidentalmente.

Igualmente esboza dudas, si es que al encargado del poder ejecutivo o de la presidencia puede llamársele ex-presidente, sobre el momento en que adquiere esta calidad, si cuando cesa en el ejercicio del encargo, o al término del período para el que resulte elegido designado, supuesto legal de su ejercicio. Y sobre la vigencia del requisito de haber ejercido la Presidencia por un término continuo o discontinuo no inferior a seis meses, para tener derecho a pensión vitalicia.

LA SALA CONSIDERA:

En su sentido natural y obvio, cuando la Ley diga ex-presidente de la República, si no contempla especiales y expresas restricciones, cobija bajo su regulación a quien haya ejercido la primera magistratura de la Nación, y ya no la ejerza; no importa a qué título y por cuánto tiempo la ejerció.

La Constitución Nacional no deja dudas al respecto. Basta transcribir los siguientes Artículos:

“Artículo 126. El encargado del Poder Ejecutivo tendrá la misma preeminencia y ejercerá las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña.

“Artículo 128. Sustituido por el A.L. No. 1 de 1968, Artículo 44. El Artículo 128 de la Constitución Nacional quedará así:

El Presidente de la República o quien haga sus veces no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo y un año después, sin permiso del Senado. La infracción a esta disposición estando alguno de aquellos en ejercicio del cargo, implica abandono del puesto.

Cuando previo permiso del Senado, el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Designado cumplirá las funciones constitucionales del Presidente de la República.

“Artículo 129. Sustituido por el A.L. No. 1 de 1968, Artículo 45. El Artículo 129 de la Constitución Nacional quedará así:

El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el período inmediato.

No podrá ser elegido Presidente de la República ni designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección.

Tampoco podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los cargos a que se refiere el inciso primero del Artículo 108.

“Artículo 130. El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las Leyes.

“Artículo 131. El Presidente de la República, durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa”.

Cualquiera sea el título jurídico con que se ejerce la Presidencia, se tiene la plenitud de la investidura, con iguales preeminencias, responsabilidades y fueros del titular.

Si un día ostentó el designado la calidad de Presidente, al cesar en el encargo tiene la de ex-presidente.

¿Qué requisitos adicionales necesita para ser sujeto pensionable en calidad de tal?

La Ley 29 de 1905, dispuso:

“Artículo 13. El Gobierno estará obligado a servir una pensión vitalicia de doscientos pesos mensuales (\$ 200.00) a los ciudadanos que hubieren ejercido la Presidencia de la República y que por lo modesto de sus recursos no puedan vivir como lo demanda el decoro Nacional”.

“Artículo 14. El goce de pensión es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo remunerado del Tesoro Nacional”.

El Artículo 13 fue derogado por la Ley⁸¹) de 1916, y los ex-presidentes quedaron sin especial regulación jubilatoria, hasta la expedición de la Ley 153 de 1938, que estableció:

“Artículo 1o. Los ciudadanos elegidos Presidentes de la República, que hubieren ejercido el cargo por lo menos durante dos (2) años, tendrán derecho a percibir del Tesoro Nacional, mientras vivan, la cantidad de mil pesos mensuales.

“Parágrafo. Para el pago de esta cantidad solo será necesario la comprobación de haber ejercido el cargo.

“Artículo 3o. Para la efectividad de los derechos de que tratan los Artículos anteriores, no se requerirá acreditar hechos distintos de los señalados en la presente Ley”.

Merecen destacarse las siguientes modalidades de esta Ley:

- a) Exige el requisito de ejercicio de la Presidencia durante dos años, por lo menos.
- b) Hace dudosa su aplicación a quienes hayan ejercido el cargo con título distinto al de elección en primer grado.
- c) Elimina la condición de carencia de recursos para vivir conforme al decoro Nacional, que en la exposición de motivos del proyecto se consideró vejatoria.

Una nueva Ley, la 22 de 1952, rebajó el término requerido a seis meses, y despojó totalmente la duda que suscitaba la anterior; dijo en su Artículo 2o.:

“Los ciudadanos que a cualquier título hayan ejercido la Presidencia de la República, por un término continuo o discontinuo, no inferior a seis (6) meses, tendrán derecho a una pensión vitalicia de tres mil pesos (\$ 3.000.00) mensuales”.

En la ponencia del proyecto de esta Ley se expuso: “. . . El haber ejercido la Presidencia de la República aunque solo sea por un día, lleva envuelto el título de ex-presidente, el cual se trata de amparar y mantener dignamente”.

Sin embargo, contra toda lógica, se exigió el tiempo mínimo de ejercicio por seis meses. Por ello la Ley 48 de 1962 perfecciona el sistema al disponer:

“Artículo 2o. Todo ex-presidente de la República tendrá derecho a disfrutar de pensión vitalicia o pensión de vejez, igual al 75% de su último sueldo mensual, si ha permanecido al servicio del Estado durante veinte años continuos o discontinuos y si ha cumplido cincuenta años de edad.

Mientras careciere de cualquiera de estos requisitos, podrá gozar de la pensión especial de ex-presidente, la cual se pagará en la cantidad de cinco mil pesos mensuales, aunque el beneficiario esté en el exterior”.

Conserva la misma claridad en cuanto al título con el cual se haya ejercido el cargo, y contempla dos alternativas:

O quien fue Presidente de la República (por cualquier lapso y a cualquier título), ha completado veinte años al servicio del Estado y ha cumplido cincuenta años de edad.

Tendrá derecho a pensión equivalente al setenta y cinco por ciento de su último sueldo mensual.

O carece de cualquiera de estos requisitos. La Ley no distingue en cuanto a la magnitud cuantitativa del tiempo que falte para cumplir alguno de ellos. Luego ha desaparecido el lapso mínimo de ejercicio de la presidencia por seis meses, y entonces tiene derecho a pensión especial, en cuantía modificada por la Ley 48 de 1962.

En el proceso evolutivo de la legislación sobre pensiones a ex-presidentes, desaparece primero el requisito de la carencia de recursos: se clarifica luego que es ex-presidente de la República quien haya ejercido el cargo a cualquier título y se va rebajando el tiempo de ejercicio hasta dejarlo en cualquier lapso, aunque con distinto régimen en la cuantificación de la pensión para quienes no hayan servido en otros cargos al Estado por veinte años.

Es una pensión especialísima, de las que la doctrina llama “graciables” o “graciosas”. Calificativo no muy afortunado, pues sugiere la idea errónea de que carece de título jurídico, y de que no constituye, al igual que las demás, un derecho adquirido para su beneficiario.

El fundamento jurídico inmediato de este régimen especial se encuentra en el Artículo 62 de la C.N. que da soberanía a la Ley para determinar la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público. Y su razón de ser se basa en que quien encarnó un día siquiera la majestad de la Patria como Jefe del Estado, queda con especiales deberes de decoro en su vida privada, que se confunde con el decoro nacional, y a ello debe atender el Tesoro Público.

Aunque no se ha sugerido, no sobra advertir que este régimen especial no fue derogado por el Decreto-Ley 3135 de 1968 que unifica el régimen prestacional de los servidores públicos nacionales, pues el Artículo 27 deja vigente lo que en Leyes especiales se establezca, respecto a edad y tiempo de servicios.

En consecuencia, se responde a la primera pregunta:

El Designado que ha reemplazado al Presidente de la República es sujeto pensionable sin más requisitos que el de la demostración, por los medios probatorios idoneos, que ejerció el cargo y ha dejado de ejercerlo.

Respecto a la segunda pregunta se observa:

Sentado que el Designado que ha ejercido la presidencia de la República es sujeto pensionable como ex-presidente, lógico es concluir que tiene la calidad de ex-presidente desde que cesó en el ejercicio del encargo, y desde ese momento es acreedor a la pensión.

No juega ningún papel la circunstancia de que siga ostentando la calidad de designado por no habersele vencido el período para que fue elegido como tal por el Congreso.

Es cierto que la pensión de ex-presidente es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo remunerado, según la regla general del Artículo 64 de la C.N.

Pero la investidura de designado, a partir de la reforma constitucional de 1945, no conlleva el ejercicio de ninguna función pública ni tiene asignación alguna del Tesoro Público; es apenas una vocación potencial, en casos de faltas absolutas o temporales del titular, para asumir el cargo de Presidente de la República.

No hay ninguna razón para interpretar la Ley pensional de ex-presidente en el sentido de que lleva implícita la condición suspensiva de expiración del período de la designación. Por el contrario, con este aplazamiento se violarían no solo el texto expreso de la Ley, sino la teleología que la inspiró.

Naturalmente, en el evento de asumir nuevamente la Presidencia el goce de la pensión quedaría interrumpido.

Queda así absuelta la consulta de la referencia.

Cópiese y transcríbese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Mario Latorre Rueda

Jaimé Betancu Cuatrecasas

Mario Rodríguez Monsalve

Luis Carlos Sánchez

Edné Cohen Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE MINAS Y PETROLEOS

CONTRATOS. De las Empresas industriales y comerciales del Estado. Naturaleza.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Factores que los tipifican frente a los de derecho privado.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos SÁCHICA

Excmo. D. J. Gaitaneros
Excmo. D. J. Gaitaneros

Radicación no. 867

El Excmo. Director de Minas y Petróleos en Oficio No. 01038 de 22 de marzo del presente año, remite a la Sala la siguiente consulta:

Señor, el artículo 100 de la Ley 1712 de 2014, Ley Orgánica del Estado, reglamenta el contrato administrativo, definiéndolo como un vínculo jurídico que se celebra entre el Estado y una persona natural o jurídica, para la prestación de un servicio público, en virtud del cual el contratante se obliga a suministrar al contratista los recursos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, y el contratista se obliga a suministrar al contratante los bienes, servicios o actividades que se le han encomendado.

en el Artículo 7o. de la Ley 20 de 1969 como de utilidad pública y de interés social— y en el que los contratantes estipulan las causales y el procedimiento para declarar administrativamente la caducidad por parte de la Empresa mencionada.

“Pregunto, entonces, a la H. Sala: ¿Contratos de esa naturaleza, teniendo en cuenta al respecto la continuada jurisprudencia del H. Consejo de Estado sentada a través de varias providencias y conceptos (Sentencia del 13 de marzo de 1972, auto 24 de marzo de 1972 y conceptos de 11 de marzo de 1972 y 30 de noviembre de 1970) deben considerarse, para todos los efectos, como contratos administrativos? .

“*Segunda.* En un contrato, cuyo objeto y naturaleza son idénticos al enunciado en el punto primero precedente, las partes contratantes convinieron que “. . . para todos los efectos fiscales se estima la cuantía del presente contrato en la suma de \$ 1'000.000.00. . . ”, no sin antes haber estipulado también que vencido el período de ejecución del contrato, que se llama de “exploración” del yacimiento, y en el transcurso del siguiente período, denominado de “explotación” del mismo, el valor de la producción anual mínima no podrá ser inferior a la suma de \$ 5'000.000.00, cantidad esta sobre la cual le correspondería a la Empresa Industrial y Comercial del Estado, como parte contratante, una contraprestación equivalente a un tanto por ciento. Además, es pertinente anotar que en los estatutos de esa Empresa, aprobados por decreto del Gobierno en uso de facultades conferidas por los Decretos Extraordinarios 912, 3130 y 3161 de 1968, se dispone que contratos que celebre esta Empresa que impliquen un compromiso o desembolso por una suma superior a un millón de pesos requieren la aprobación del Gobierno.

“Pregunto, entonces a la H. Sala: ¿Si en un contrato como el mencionado, las partes señalaron una cuantía exclusivamente para fines fiscales de un millón de pesos, ha de inferirse que la cuantía esencial o real del contrato en cuestión es por lo menos de cinco millones de pesos y por tanto requería para su validez la aprobación del Gobierno y no tan solo la aprobación ministerial? ”

Para absolver el primer interrogante de la consulta,

LA SALA CONSIDERA:

La calificación de un contrato de la administración pública como contrato administrativo o como contrato de derecho privado, distinción que ha hecho implícitamente la Ley para efectos de determinar la jurisdicción que conoce

de sus controversias, tropieza con la dificultad de que el propio legislador no ha definido los caracteres del primero de tales tipos de contratación, ni se ha elaborado una teoría completa que permita dar autonomía al contrato administrativo.

Sin embargo, la diferencia ha sido posible por la existencia de algunas normas indicativas de los criterios para distinguir las dos figuras, complementadas con las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, bajo la inspiración del derecho francés.

La Constitución Nacional en los Artículos 76, ordinales 11 y 16, y el 120, ordinal 13, se limita como es lógico, a definir las competencias del Congreso para otorgar autorizaciones para la celebración de los contratos de la administración y aprobarlos o improbarlos cuando carecen de esa autorización legal previa o exceden la concedida, y la del Presidente de la República para celebrarlos, en orden a obtener la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, con arreglo a la Ley.

El Código Fiscal, Ley 110 de 1912 no contiene disposiciones sustantivas que permitan afirmar que los contratos de la administración tienen naturaleza diferente a los contratos de derecho privado, hecha la salvedad de algunas cláusulas forzosas en ellos. Asimismo, el Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, tampoco incluye en el Capítulo XXI que trata "De los contratos de la administración", disposiciones que configuren de manera precisa un concepto separado de estos contratos, con la excepción de los aspectos formales de su revisión por el Consejo de Estado, pero en el Artículo 254 establece la obligatoriedad de la cláusula de caducidad administrativa en los contratos sobre prestación de servicios, construcción de obras y explotación de bienes de Estado, norma que tiene antecedente inmediato en el Artículo 41 del Código Fiscal, y que constituye disposición clave en la definición de esta consulta.

Los Artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, al definir las competencias del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, hablan de controversias relativas a contratos administrativos, reconociendo con ello la existencia de esta modalidad contractual del Estado, y superan la indeterminación existente cuando la Ley se refería simplemente a "contratos de la administración", sin distinguir su naturaleza ni régimen legal separado.

El Artículo 34 del Decreto 3130 de 1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, establece que los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado no están sometidos a los requisitos formales que la Ley exige para los del Gobierno, a menos que exista disposición en sentido contrario. Por esto, agrega dicha disposición, las cláusulas de tales contratos son las que estipulan usualmente

los particulares en sus contratos. Disposición que armoniza con la del Artículo 31 de aquel Decreto cuando sienta el principio de que los actos y hechos de las empresas de este tipo, ejecutados para cumplir sus actividades de carácter industrial y comercial se rigen por las reglas del Derecho Privado y están sujetos a la jurisdicción ordinaria. En tanto que los actos tendientes al desarrollo de las funciones administrativas que les atribuya la Ley, son actos administrativos.

El Artículo 34, de otra parte, autoriza a las empresas para que en sus contratos puedan pactar la declaración administrativa de caducidad.

Estas prescripciones se complementan y armonizan igualmente con las del Artículo 36 del mismo Decreto 3130, al estatuir que de las controversias relativas a contratos de estas empresas en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad conocerá la justicia administrativa, y de los demás la ordinaria.

De estas disposiciones se deduce:

a) Que la Ley distingue dos clases de contratos entre los que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado: los administrativos y los de derecho privado:

b) Que, por regla general, los contratos de estas empresas son de derecho privado;

c) Que la Ley autoriza a tales empresas para escoger una u otra forma contractual, según opte por las estipulaciones usuales entre contratistas particulares o pacte cláusulas especiales de derecho público, como la de caducidad;

d) Que la Ley puede determinar que algunos de estos contratos llenen los mismos o algunos requisitos que los que deben cumplir los del Gobierno, o sea, imponer la forma de contrato administrativo, y

e) Que la estipulación de la cláusula que otorgue el derecho a la declaración administrativa de la caducidad de un contrato de estas empresas, le confiere naturaleza de contrato administrativo.

Generalizando, se puede decir que la naturaleza de los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado no depende del carácter de tales entes, ni del régimen de derecho que regula sus actos que, en este caso, es de derecho privado, sino de las estipulaciones mismas que contengan, según sean ellas las de libre estipulación que se emplean entre particulares, o por el contrario, las especiales que por disposición legal deben

incorporarse forzosamente en los contratos administrativos, incorporación que, aunque es opcional para las empresas, los tipifica como administrativos.

Se trata, evidentemente, de un criterio distintivo fundado en el empleo de las prerrogativas de poder público del Estado por parte de uno de sus entes administrativos, al escoger las formas y los medios propios del Derecho Público y no los del Derecho Común o Privado.

De manera que no todos los contratos de la administración son administrativos.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha sostenido:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado, después de algunas imprecisiones ha llegado a una definición de los contratos administrativos cuando expresa que ellos son los que contienen cláusulas exorbitantes indicadoras del uso de la llamada *‘puissance publique’* de la Administración, una de las cuales es la conocida como la caducidad que desde la Ley 53 de 1902 y luego con la expedición del Código Fiscal es obligatorio pactar en los contratos de obras públicas nacionales. Igualmente, ha sostenido el Consejo que son también administrativos los contratos que celebren las personas de derecho público cuando tienen como objeto inmediato la ejecución de un servicio público, como las concesiones para servicios de energía eléctrica, agua, alcantarillado, etc. De la misma manera el legislador en los nuevos ordenamientos de las Entidades descentralizadas que forman la Administración Nacional como son los Establecimientos Públicos, ha dispuesto que todos sus contratos sean administrativos, pues los obliga a pactar la cláusula de caducidad y somete las controversias que de ellos puedan nacer al conocimiento de los jueces administrativos. En otras palabras, el legislador ha aceptado implícitamente que los contratos que celebre la Administración por contener la cláusula exorbitante de caducidad son administrativos y por ello las controversias que surjan deben ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

“... ”

“Como cláusula exorbitante (la de caducidad) que es no puede ser ni delegada ni renunciada, es decir, es de obligatorio ejercicio por parte de la Entidad de derecho público. Igualmente, se sostiene que no puede ser objeto de transacción y se dice que más que una facultad es una obligación que adquiere, ya sea por mandato de la Ley, o ya por voluntad de la persona de derecho público, de terminar un contrato cuando suceden determinados eventos.

“El C.C.A. al establecer la obligación de introducir en los contratos sobre prestación de servicios, construcción de obras y de explotación de bienes del Estado la cláusula de caducidad por las causales que la Administración tuviera a bien estipular y por las de muerte del contratista cuando no se ha previsto que el contrato pueda seguir con sus sucesores, y la de incapacidad financiera del contratista, no condicionó la aplicación de dicha cláusula a las exigencias del servicio público, simplemente dispuso que cuando sucedieran ciertos eventos consagrados en el contrato como causales de caducidad, la persona de derecho público que había de celebrar el contrato estaba en la obligación de declararla. De ahí que en los Artículos 254 y 255 de la Ley 167 de 1941 se utiliza el verbo *deber* y no el verbo *poder*.”

“Entonces se puede decir que nuestro derecho público obliga unas veces y otras permite pactar la cláusula de caducidad dando una libertad a las personas públicas para establecer las causales de la misma, pero sin condicionar el ejercicio de tal potestad y la obligación a las exigencias de las necesidades del servicio público.

“Por último, es preciso observar que nuestra jurisprudencia ha sostenido que en principio la persona de derecho público solamente *debe* dejar de aplicar la caducidad cuando el acaecimiento de la causal tiene lugar a la presentación de un caso fortuito o fuerza mayor. Se dice que en principio la Administración solamente debe abstenerse de aplicar la caducidad en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito porque el legislador permitió que las Entidades de derecho público establecieran las causales de caducidad que bien tuvieran y con las condiciones que los mismos determinaren, así pues puede la Administración condicionar la aplicación de la caducidad a que la causal suceda sin justa causa por parte del contratista, etc.”

Pero la conformación de un contrato de la administración no puede radicar en un criterio exclusivo, único. Tal naturaleza se debe derivar de la concurrencia de una variedad de factores, cuyo conjunto, así no estén presentes todos, lo tipifiquen en forma nítida frente a los de derecho privado.

En Colombia, se podría entender que el carácter administrativo de un contrato celebrado por organismos estatales, resultaría de la concurrencia de algunas de estas condiciones:

a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de

legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez:

b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo, sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que el contrato sea de derecho privado:

c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción exterior que solo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;

d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la Ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los pagos a la existencia y disponibilidad de apropiaciones presupuestales suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;

e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;

f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consiente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;

g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales o inadmisibles en los contratos mercantiles por el interés público envuelto en el contrato, como cuando se trata de la seguridad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, etc. (artículo 110).

en favor del Estado, el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;

h) La calificación que la propia Ley de al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso-administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;

i) El objeto del contrato, como en los casos citados en la letra anterior;

j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que esa vinculación ha de ser a un fin inmediato de servicio público.

Tendríamos entonces, que un contrato es administrativo cuando, autorizado por la Ley, es celebrado por un organismo de la administración para la realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales de Derecho Público, porque así lo dispone o autoriza la Ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista.

Aplicando estas consideraciones al caso consultado, se debe concluir que el contrato descrito es de naturaleza administrativa para todos los efectos: a) por razón de su objeto, al otorgar el derecho de exploración y explotación de un bien fiscal, lo que resulta de las prescripciones del Artículo 254 del C.C.A.; b) por haberse pactado la cláusula de caducidad administrativa, la que tiene el carácter de norma de derecho público, indelegable y de obligatoria aplicación en caso de que ocurran las causales previstas en ella, y c) porque sus controversias, si las hubiere, tendrán que ser ventiladas ante la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo.

En cambio, nada tiene que ver con el carácter del contrato mismo la declaratoria de utilidad pública e interés social de las actividades relacionadas con aquél, según el Artículo 7o. de la Ley 20 de 1969, pues el efecto de esta declaración se refiere a las posibilidades de expropiación. Ella indicaría tan solo su vinculación con un servicio de interés público, nota que es común a todo contrato de la administración.

En cuanto a la segunda de las preguntas planteadas, se debe tener en cuenta que es preciso distinguir entre las varias estipulaciones del contrato.

1. La referente a la cuantía del mismo para los efectos fiscales, cuyas consecuencias están restringidas en su propia enunciación, vale decir, que su determinación solo tiene relación con el pago de impuestos y derechos específicos establecidos por la Ley sobre la respectiva concesión, o sea, en el orden puramente tributario para fijar una base a la liquidación de los cargos fiscales a que queda obligado el contratista;

2. La relativa al señalamiento de un producido mínimo durante el período de explotación del contrato, no se debe confundir con el precio o valor de éste, pues constituye simplemente una condición. Esto es, que concreta las obligaciones del contratista en cuanto se obliga a la explotación de los bienes concedidos, con un grado cierto de eficiencia mínima que se considera el normal en este tipo de actividades. De modo que el no alcanzar el nivel señalado puede configurar incumplimiento de las obligaciones contractuales del particular concesionario, porque se trata no de una obligación pura y simple sino modal y, con ello, dar lugar a la aplicación de la declaración administrativa de caducidad, si esa circunstancia ha sido convenida como causal general o específica para este efecto;

3. La que determina el precio o valor del contrato, entendido como la contraprestación que debe el contratista al Estado en retribución de los derechos de exploración y explotación que le concede sobre uno de los bienes fiscales. Ese valor puede ser determinado o determinable. En este caso, no es determinado. Es determinable porque el contrato fija como tal un porcentaje sobre el valor del producido. Lo que quiere decir que tal precio no es fijo; varía como cambia la base de su liquidación que es el valor producido.

En consecuencia, el valor del contrato no es la suma señalada en él como cuantía para efectos fiscales, ni la cantidad fijada como valor mínimo que debe producir la explotación que se le concede y a que se obliga el contratista, sino la cifra total resultante de las liquidaciones que de los derechos, regalías o participaciones que correspondan al Estado en el valor de la producción rendida cada año del período de explotación, aplicando a cada anualidad el porcentaje que en el contrato se haya establecido o pactado para tal efecto.

Por tanto, y, como de otra parte, el valor definitivo del contrato, explicado como se hizo antes, solo es determinable o conocido al finalizar el término de explotación y hechas las liquidaciones anuales pertinentes, solo hay una solución lógica para determinar ese valor: tomar como tal, la suma que resulte de aplicar el porcentaje de participación de la empresa a la producción pactada como mínima y multiplicar esta cantidad por el número de años del período de explotación, y si ella es superior a \$ 1'000.000.00, considerar que el contrato requiere aprobación gubernamental.

En cuanto a que este requisito solo se exige en los estatutos para el caso de que el contrato implique compromiso o desembolso de la empresa por más de \$ 1'000.000.00, tal disposición es entendida por la Sala en el sentido de que todo contrato de valor superior a dicha suma necesita de la aprobación del Gobierno, pues aunque en los contratos de concesión de bienes fiscales no hay inversión o pago, en verdad el Estado está permitiendo la explotación de bienes cuyo valor excede tal cantidad.

En los anteriores términos se absuelve la consulta en mención y se dispone comunicarlo así al señor Ministro de Minas y Petróleos.

Radicación No. 867

Mario Latorre Rueda
Presidente de la Sala

Jaime Betancur Cuartas

Mario Rodríguez Monsalve

Luis Carlos Sáchica

Rafael Acosta Guzmán
Secretario

CONSULTAS DEL GOBIERNO
MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

CONTROLES DE LOS ENTES PUBLICOS. Clases. Objeto. Coexistencia de Controles.

FONDO DE PROMOCION DE EXPORTACIONES (PROEXPO). Naturaleza jurídica. Control fiscal.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica

*Bogotá, D.F., tres de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Radicación: No. 873

El señor Ministro de Desarrollo Económico, en Oficio No. OJ-040 del 10. de abril de 1974, consulta:

“1. CONSULTA

“¿Corresponde el control fiscal del Fondo de Promoción de Exportaciones (PROEXPO) a la Contraloría General de la República o a la Superintendencia Bancaria? . . .”

Antes de entrar en la consideración del caso consultado, la Sala estima conveniente reproducir las conclusiones a que ha llegado en casos similares:

1 En la respuesta dada el 31 de agosto de 1970 hizo estas apreciaciones:

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

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

En tal providencia afirmó también la Sala:

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

“Sin embargo, en el párrafo de dicho Artículo 1o. está contenida una excepción: los establecimientos bancarios de propiedad del Estado no se consideran, para los efectos de esa Ley, es decir, en lo tocante a su fiscalización, establecimientos públicos y, por tanto, se regirán por nor-

mas especiales de control estatal que determinará el legislador. Lo que está indicando la posibilidad de establecer legalmente otro tipo de supervigilancia distinto al que ejerce la Contraloría para organismos que por su origen harían parte de la administración y por la procedencia oficial de sus recursos también caerían bajo tal control, pero que por la naturaleza de sus servicios exigen otra técnica y otro criterio para su fiscalización.

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

II En providencia del 11 de febrero de 1971, dijo la Sala:

a) “Las disposiciones constitucionales citadas (Artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional) atribuyen a la Contraloría General de la República la competencia *total y exclusiva* para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración nacional, *tanto respecto de sus organismo principales como de las entidades descentralizadas*, pues no excluyen de tal control ninguno de sus organismos ni de los funcionarios que manejen fondos o bienes de la Nación, ni sustrae de dicho control ninguno de los bienes y recursos ni de los aspectos de su manejo. . .”.

b) Y agregó: “De modo que, *en el orden nacional no puede existir sino un organismo de vigilancia fiscal*, que es la Contraloría mencionada. . .”.

c) Además conceptuó: “. . . y la Ley no puede restringir ni dividir su competencia, (la de la Contraloría), no estando limitada ni condicionada en la Constitución, ya que ella solo otorga al legislador facultad para determinar el modo de su ejercicio, más no los sujetos ni la materia sobre que recae el control”.

Estas afirmaciones se apoyan en las normas constitucionales referidas y en lo dispuesto por los Artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley 151 de 1959, y en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contenida en fallos del 1o. de octubre de 1969 y 14 de octubre de 1970.

d) Por tanto, concluyó la Sala que *el control fiscal es único*, pues “. . . No pueden coexistir dos controles fiscales. ejercidos simultánea o separadamente por distintos organismos estatales sobre una misma enti-

dad", porque sería una duplicidad innecesaria, antitécnica e inconveniente.

e) Pero, la Sala encontró que "Por el contrario, no repugna a la lógica y está acorde con la Ley y la jurisprudencia, el que sobre el mismo organismo se ejerciten *dos supervigilancias* de distinto tipo, con finalidades diferentes, *fiscal la una administrativa la otra*, no habiendo razón para que la inspección de la segunda clase elimine la perentoria supervigilancia fiscal ordenada por la Constitución".

Esta conclusión resulta del fallo de la Corte Suprema citado anteriormente, y de lo prescrito por el Artículo 8o. de la Ley 151 de 1959 y por el 41 del Decreto 3130 de 1968.

f) De lo cual se desprende que *la Ley no puede*, sin contravenir la Constitución, *“asignar el control fiscal a entidad distinta a la Contraloría y de que no se puede evitar ese control, porque exista una inspección administrativa ejercida por una Superintendencia”*.

g) De otra parte, la Sala opinó que: *“No puede afirmarse que existan dos regímenes de control fiscal, ejercidos por organismos diferentes, general uno y excepcional otro, porque sería contrario a la Constitución. Lo que varían son las modalidades o procedimientos del control fiscal único, según se ejerza sobre entes centrales o descentralizados de la administración, por razón de la distinta naturaleza de sus actividades. Pero el control es el mismo, radicado siempre en la Contraloría, ‘sin que la variedad de procedimientos haga cambiar el carácter de la función ni la titularidad y naturaleza de la competencia’*.

Aseveración fundada en la Artículo 7o. de la Ley 151 de 1959 que ordena la adecuación de los procedimientos de control fiscal a la naturaleza de los entes fiscalizados y a la índole de sus actividades, y también en fallo del Consejo de Estado del 27 de noviembre de 1969, cuando consideró impropios los controles previo y perceptivo aplicados a una empresa industrial y comercial del Estado.

h) No se debe confundir el control fiscal con otras formas de supervisión estatal. El mismo Consejo de Estado, en sentencia del 15 de mayo de 1968, definió así el control fiscal: "... Sus facultades (las de las Contralorías), por consiguiente, se reducen a revisar o confrontar, por un procedimiento mecánico de simple contabilidad, aquellas cuentas, pagos, contratos y órdenes de funcionarios que tengan a su cargo el manejo de los caudales públicos, para ver si ellos están ajustados o no a la norma superior sobre apropiaciones o autorizaciones y en vista de ello, impartirles o no su aprobación. La conveniencia o inconveniencia

del gasto, su legalidad o ilegalidad, su necesidad u oportunidad son consideraciones que quedan al juicio y responsabilidad de los Gerentes de los servicios públicos y absolutamente ajenos a la simple función contabilizadora de los Contralores”.

Y esta Sala, en la providencia que se está resumiendo, conceptuó sobre los demás controles, es decir, los de índole administrativa, así:

“El control fiscal es un control numérico-legal, mediante el cual se verifica la exactitud de la operación respectiva, la destinación del gasto o inversión, y la existencia de apropiaciones y autorizaciones para efectuarlas. Control que busca específicamente la salvaguardia del patrimonio del Estado.

“En cambio, la vigilancia que ejercen otros organismos administrativos por medio de los cuales se hacen efectivas facultades constitucionales del Presidente de la República, tienen por objeto inspeccionar la legalidad de las actividades de la entidad controlada, la tutela de los intereses de terceros frente a las mismas o de los intereses de la propia entidad o de sus miembros y, lógicamente, el interés social o público que pueda ser afectado por esas actividades. Pero no la defensa patrimonial del Estado, ya que la Contraloría tiene privativamente esa competencia”.

Precisiones conceptuales éstas que permiten admitir, en principio, la coexistencia de controles, el fiscal y el administrativo, respecto de entidades estatales, pues resulta que no son incompatibles y, en cambio, pueden tenerse, aunque son independientes, como complementarios.

III Asimismo, la Sala, en providencia del 4 de diciembre de 1973, citada en la consulta, y siguiendo las pautas de las anteriormente glosadas, expuso:

“4. Sentado este punto, se puede considerar otro aspecto en lo que hace relación a la vigilancia encomendada a la Contraloría. Esta vigilancia cubre en resumen y en principio toda la Administración como ya se ha dicho, pero como el Artículo constitucional que le sirve de fundamento, el 59, expresa que ella ‘se ejercerá conforme a la Ley’, hay que ir a la Ley para precisar cuándo y cómo debe ejercerse esa atribución de la Contraloría.

“Así, como ejemplo y a este respecto, ya disponía la Ley 151 (Artículos 1o., 2o.) que los establecimientos bancarios de propiedad del Estado quedaban por fuera de la vigilancia de la Contraloría. Puede encontrarse como explicación de esta excepción que al someter el Estado a todos los establecimientos bancarios a regulaciones dictadas por el

mismo Estado y a la vigilancia de una entidad del mismo Estado, no solo se protegían con ello los intereses privados en su aspecto social si no también los propios del Estado, y que al disponerlo así se les daba a los establecimientos bancarios del Estado una capacidad de acción similar a la de los privados para que quedaran en igualdad de condiciones.

“Otra excepción en esta materia, estando a la letra de la Ley y a una interpretación predominante, se encuentra en el inciso segundo del Artículo 41 del Decreto 3130, y más si se compara con el inciso anterior del mismo Artículo que establece la vigilancia de los organismos descentralizados en el aspecto fiscal por parte de la Contraloría, y que dice:

“La vigilancia y control de los establecimientos de crédito y de las compañías de seguros corresponde a la Superintendencia Bancaria”...

IV La Sala considera, ahora, necesario agregar que, también, los controles fiscal y administrativo no son únicos. Con ellos concurren:

a) La supervigilancia de carácter político correspondiente al Congreso Nacional sobre toda la administración pública, tanto general, en cuanto puede pedir información sobre todos los asuntos de la misma que no tengan reserva, (Artículo 78, 4 C.N.) de conformidad con el Artículo 103 de la misma, como la especial que realiza por conducto de las Comisiones Constitucionales Permanentes y, concretamente, la Octava de cada Cámara, atendiendo a lo dispuesto por la Ley 17 de 1970, Artículo 6o.;

b) Los controles internos de algunos organismos con el carácter de sociedades, en las cuales el Auditor o Revisor es designado por las asambleas de accionistas o socios de terna presentada por el Contralor General de la República, sin que varíe sustancialmente su función fiscalizadora, al tenor del Artículo 5o. de la Ley 151 de 1959;

c) Los que podemos llamar autocontroles de la administración, tengan el carácter de control jerárquico o control de tutela, mediante los cuales, en el primer caso, aquélla tiene oportunidad de rectificar sus propias actuaciones o coordinarlas o dirigirlas, en el segundo (Artículo 7o. Dto. 1050/68 y Artículo 44 Dto. 3130/68);

d) El control de la ejecución presupuestal que compete a la Dirección General de Presupuesto para garantizar el equilibrio de éste, sin perjuicio del normal cumplimiento de sus programas, según el Decreto-Ley 294 de 1972.

Quiere esto decir que unos controles no excluyen los otros, porque son diferentes sus fines, sus modalidades o técnicas y aún los organismos que los efectúan, así:

El control fiscal tiende a la administración legal y correcta del patrimonio y recursos del erario público, desde el punto de vista hacendístico y presupuestal, verificando la existencia de autorización para la operación de que se trate, y la destinación, cuantía y forma de contabilización de la misma, realizándose antes, en o después de ser efectuada.

La inspección administrativa está enderezada directamente a la protección del interés público representado por el ente que se supervigila, así como los intereses de terceros y el cumplimiento de la Ley, e indirectamente, con ello, a la defensa del patrimonio estatal vinculado a la gestión de la entidad; se refiere a los entes del Estado como empresario industrial y comercial y, por eso, el carácter de este control sería más financiero que fiscal.

Los controles jerárquicos y de tutela tienen por objeto: el primero la legalidad de las actuaciones administrativas; el segundo, asegurar que las políticas sectoriales se ajustan a las generales de la planificación del desarrollo, de donde su índole sería más bien técnica y política.

Los controles internos son mixtos. En parte, financieros, en parte fiscales, primando éste carácter. Lo primero, por referencia a los accionistas, especialmente los privados, si los hay, y a terceros. Lo segundo, en cuanto a la conformidad de las operaciones con las pautas legales, estatutarias o emanadas de la asamblea de socios, respecto del manejo e inversión de los caudales del ente.

Los controles políticos tienden a establecer la responsabilidad gubernamental en lo administrativo, con sus obvias consecuencias, y el presupuestal al orden en las inversiones y gastos de funcionamiento, en el campo específico de la Ley orgánica del presupuesto y la Ley anual de presupuesto de cada vigencia.

De manera que no se puede concluir que el Artículo 41 del Decreto 3130, al establecer el control de la Superintendencia Bancaria sobre los entes estatales de crédito, determina ese control como único. No lo dice su texto ni puede entenderse así. Tanto más cuando reconoce la compatibilidad del control fiscal con el administrativo de la Superintendencia de Sociedades. Lo que autoriza para concluir que también lo es con el administrativo de la Superintendencia Bancaria y con las demás formas de control antes enunciadas.

Asimismo, no siendo la Ley la competente para asignar el control fiscal, pues tal designación está hecha directamente por la Constitución, el control a que se refiere el Artículo 41 citado tiene que ser el administrativo del resorte de la Superintendencia Bancaria, y no otro. Recuérdese que el Decreto 3130 de 1968, se origina en una reforma administrativa y debe contenerse o limi-

tarse a ese objetivo, pues fue dictado con base en las facultades extraordinarias dadas por la Ley 65 de 1967, la que no otorgó ninguna que tuviese que ver con la supervigilancia fiscal de los entes que se trataba de reorganizar.

De consiguiente, lo dispuesto por el párrafo del Artículo 1o. de la Ley 151 de 1959 sobre los establecimientos bancarios no es la exclusión de éstos del control fiscal, sino que lo que allí se ordena es la adopción de normas especiales para realizar tal control.

V Sobre el caso planteado en la consulta deben agregarse a las consideraciones generales hechas por la Sala en otras oportunidades, las siguientes consideraciones particulares:

Se trata de definir a quién corresponde el control fiscal del Fondo de Promoción de Exportaciones (PROEXPO). Aunque, en principio, de acuerdo con lo concluido por esta Sala, todo control de esa naturaleza es de competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, como también aquella aceptó la existencia de excepciones legales en razón de la naturaleza de los entes y de su clase de actividades, tal el caso de Bancos y Corporaciones Financieras del Estado, es necesario para este efecto establecer el carácter del Fondo en mención.

Su origen legal es el Artículo 181 del Decreto 444 de 1967, norma que lo creó y señaló sus fines. Sobre su naturaleza, el Artículo 182 del mismo estatuto, declaró que era persona jurídica autónoma que funcionaría anexa al Banco de la República, mediante contrato entre éste y la Nación. Tiene, además, por la índole especial de sus actividades el carácter de "establecimiento de crédito", naturaleza que la Ley solo otorga en el referido Decreto 444 a los Bancos, a las Corporaciones Financieras y al Fondo materia de la consulta, en su Artículo 266. Carácter que se confirma con la lectura del Artículo 186 del mismo Decreto 444 al enumerar las operaciones que le autoriza efectuar.

Como establecimiento de crédito por definición legal, la consecuencia fue la de que el Decreto 2103 de 1972, aprobatorio de los Estatutos del Fondo, lo calificó en su Artículo 1o. como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico, pues cumple las condiciones y requisitos que tipifican estos entes, tal como lo establecen el párrafo del Artículo 1o., 6o., y 30 del Decreto 3130. del mismo año.

En consecuencia, el Fondo es una entidad descentralizada del orden nacional con el carácter y régimen legal de empresa industrial y comercial del Estado, y con funciones de entidad de crédito.

Las normas que rigen la cuestión consultada son:

Artículo 1o., 2o. y 8o. de la Ley 151 de 1959

Artículo 482 del Decreto 444 de 1967

Artículo 41 del Decreto 3130 de 1968

Dentro de una interpretación armónica de estas disposiciones, tenemos que, como no puede constitucional y legalmente existir control fiscal que no sea ejercido por la Contraloría, y como la Ley admite la posibilidad de que coexistan sobre un mismo ente el control administrativo y el fiscal, aunque con distintas finalidades, por procedimientos diferentes y desde puntos de vista igualmente diversos, aunque el Artículo 41 del Decreto 3130 de 1968 excluye los establecimientos de crédito de la supervigilancia de la Contraloría, tal exclusión ha de entenderse para que no pugne con la Constitución y la Ley 151 de 1959, respecto de sus operaciones comerciales que constituyen el giro ordinario de sus negocios, sometidas al control administrativo de la Superintendencia Bancaria que es el correspondiente al Presidente por disposición constitucional, al que no debe superponerse el fiscal por razones técnicas y jurídicas; pero la Contraloría puede supervisar por el sistema de control posterior la gestión fiscal, entendida como recaudo, manejo e inversión de fondos públicos, y éstos lo son totalmente.

Así lo expresó este Consejo en la ya referida providencia del 27 de noviembre de 1969:

“... d) Establecido como está que la Empresa Colombiana de Petróleos es un organismo técnico de carácter comercial e industrial, no sólo por mandato legal sino por su organización y funcionamiento. . . resulta incuestionable que todo ello hace imprescindible una reglamentación especial para su control y vigilancia por parte de la Contraloría, adecuada a su índole de carácter industrial y comercial, como lo dispone el Artículo 7o. de la Ley 151 de 1959 y el 6o. del Decreto 3211 del mismo año, acorde con las actividades que desarrolla y que hagan expedito y fácil su funcionamiento.

“Porque una empresa de la naturaleza de Ecopetrol no puede estar sujeta al control “previo” y “perceptivo”, en la forma señalada por la Resolución 00633 de 16 de enero de 1968, como si se tratase de una simple entidad administrativa, o de un establecimiento público limitado a la prestación de un determinado servicio. . .”.

Solo de esta manera se concilia el principio de que el manejo de dineros públicos está siempre sujeto a control fiscal y de que la Ley no puede restringir esa competencia de la Contraloría ni cambiarle de titular, con la

necesaria vigilancia administrativa, operando ambas en distintos momentos y sin que se entorpezca la marcha normal de su gestión comercial.

Nótese cómo el Artículo 41 del Decreto 3130 de 1968 al referirse de manera general a la vigilancia de la gestión fiscal, preceptúa que ella comprende todos los organismos descentralizados, sin perjuicio de la vigilancia que compete a la Superintendencia de Sociedades, disposición que es la regla en esta materia.

Y como en su segundo inciso, al establecer la excepción para los establecimientos de crédito y las compañías de seguros, habla de vigilancia y control, refiriéndose ciertamente ambos a las de carácter administrativo, porque ya se vió que la vigilancia fiscal total solamente pertenece a la Contraloría. Si no repite la salvedad que hizo en el primer inciso, es porque no es necesaria, habiendo estatuido ya que no son incompatibles, pues no se vé por qué pueden coexistir la fiscal y la de la Superintendencia de Sociedades y no la fiscal y la de la Superintendencia Bancaria, como ya se dijo, siendo las de ambas Superintendencias de idéntica naturaleza.

En conclusión, por tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado, como lo ha sostenido este Consejo en providencia ya citada, está sometida en su gestión fiscal al control de la Contraloría General de la República, en su modalidad de control posterior, por razón de la naturaleza de sus actividades, y sin perjuicio de las demás formas de supervigilancia estatal que la Ley establece.

En los anteriores términos se absuelve la consulta en mención y se dispone comunicarlo así al señor Ministro de Desarrollo Económico.

Mario Latorre Rueda
Presidente de la Sala

Jaime Betancur Cuartas

Mario Rodríguez Monsalve

Luis Carlos Sáchica

Rafael Acosta Guzmán
Secretario

Emitido el anterior concepto, la Sala conoció el fallo proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia el 25 de Abril de 1974, mediante el cual se declaró la inexecutable del inciso segundo del Artículo 41 del Decreto Extraordinario No. 3130 de 1968, disposición a que se refiere la consulta que se está respondiendo.

La Sala advierte que, confrontadas con dicha declaratoria, las conclusiones a que ha llegado siguen teniendo validez, especialmente a la luz de las disposi-

ciones de la Ley 151 de 1959 pero, obviamente, deben interpretarse teniendo en consideración la referida decisión de la Honorable Corte Suprema.

Mario Latorre Rueda
Presidente de la Sala

Jaime Betancur Cuartas

Mario Rodríguez Monsalve

Luis Carlos Sáchica

Rafael Acosta Guzmán
Secretario

Bogotá, D.E., 14 de mayo de 1974



CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

PRIMA DE NAVIDAD. No debe tenerse en cuenta lo devengado por horas extras para su liquidación.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sábica

*Bogotá, D.E., seis de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Radicado No. 884

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en Oficio del 21 de mayo de 1974, bajo el No. 205, ha consultado:

“1. El Decreto-Ley 3135 de 1968, modificado por el 3148 del mismo año, estipula:

Artículo 11. PRIMA DE NAVIDAD. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes de sueldo que corresponda al cargo en 30 de Noviembre de cada año. ...”

“Algunos funcionarios del Ministerio, por autorización especial, devengan Horas Extras en forma eventual, durante el año.

“La consulta consiste en saber si el valor de la horas extras, debe tenerse en cuenta para la liquidación de la Prima de Navidad.”

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Se concreta la anterior consulta a determinar si las sumas percibidas por concepto de horas extras durante el correspondiente año de servicios por funcionarios del citado Ministerio con la calidad de empleados públicos y a los cuales se les pueden autorizar legalmente, deben ser tomadas en cuenta para establecer la base de liquidación de la prima de navidad que debe reconocérseles en virtud del Artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, adicionado por el Decreto 3148 del mismo año, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, Capítulo IX, Artículo 51.

El Decreto-Ley 1912 de 1973 que regula el sistema de clasificación, remuneración y nomenclatura de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias en su Artículo 12 establece las disposiciones generales que rigen la autorización y pago de horas extras en aquellos organismos, limitándolas a los casos de necesidades urgentes del servicio, con autorización del respectivo Jefe, solo para empleos de los niveles auxiliar o asistencial, concretando en la autorización escrita los trabajos que deben realizarse, exigiendo para su pago Resolución motivada, remitiendo su liquidación a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y sin que la cantidad pagada pueda exceder en el mes del 10% de la remuneración correspondiente al sueldo mensual.

La retribución de los servicios en horas extras de trabajo, según la misma norma que se comenta, puede hacerse ya en descanso compensatorio o en dinero, modalidades que esa disposición deja al criterio del Jefe que autoriza estos servicios excepcionales, pero indicativa de que preferencialmente debe aplicarse la primera.

Lo dispuesto por el Artículo 12 del Decreto 1912 de 1973 es derogatorio de las normas de los Decretos 3181 de 1968 y 114 de 1970, pues se trata de una norma posterior que regula por vía general todo lo relativo a trabajo en horas extras, habiéndose pasado en virtud de esta derogación de un régimen prohibitivo de esta clase de servicios, en el que solo se admitían casos muy especiales, a un sistema más amplio de permisión, pero delimitado objetivamente en cuanto a requisitos y que sigue teniendo carácter restrictivo, porque constituye excepción a la regla del Artículo 13 del Decreto 1912 y porque solo es aplicable a ciertas categorías de empleos.

En primer término la Sala ha de tomar en consideración que la “Prima de Navidad” es una prestación especial propia del régimen laboral del sector público, es decir, de los servidores del Estado, distinta a la “prima de servicios”, como la que se paga a los trabajadores particulares, para los cuales fue sustitutiva de la participación de utilidades o de la prima de beneficios, prevista en la anterior legislación, conforme lo declara el Artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo.

Esto establece una diferencia de naturaleza entre las dos prestaciones. De donde se deduce que la primera es, en cierto modo, una especie de bonificación excepcional no concedida exactamente en función de los servicios prestados, sino como un complemento anual de la retribución ordinaria y éste fue realmente su origen.

Es verdad que la prima de navidad se liquida en proporción al tiempo servido, tomando en cuenta las mensualidades completas en que se ha trabajado en el año y reconociendo las respectivas doceavas partes del sueldo, pero esto indica una vez más que se trata de una bonificación especial y no estrictamente de bonificación por servicios, pues, si lo fuera se computaría todo el tiempo de los prestados, sin desechar los días o partes del mes que el Artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 excluye de la liquidación, a más de que entonces la Ley habría ordenado expresamente computar todas las modalidades de retribución de servicios en la base para liquidarla.

De otra parte, la idea de sueldo es la de la suma de los factores permanentes, constantes u ordinarios de retribución de servicios, y no de los elementos variables, eventuales o puramente ocasionales de esa retribución. Esto es, lo asignado al cargo o empleo en forma fija, en razón de su categoría, responsabilidad que implica su ejercicio ordinario o normal, así como las calidades exigibles para su desempeño, sin incluir aquellas retribuciones por servicios excepcionales o extraordinarios, que correspondan a un trabajo suplementario, que excede al normal, o prestado fuera de la jornada común o de la legal mínima. Que, aunque, también, integran salario, pues retribuyen trabajo, servicios, no son las usuales en el desempeño cotidiano del empleo.

De este modo, en el sueldo de un funcionario público, de acuerdo con el Decreto 1912 de 1973, debemos tomar como constitutivos del mismo solo: a) el sueldo fijo, sueldo básico, sueldo de ingreso o asignación hecha para la categoría correspondiente al cargo o empleo que desempeña aquél; b) adicionado con la prima de antigüedad, prescrita allí mismo, según el tiempo que lleve en el servicio, porque ésta es asignación permanente que se incorpora a aquella y que, a su vez, sirve de base para los futuros aumentos por el mismo concepto de prima de antigüedad; c) más la prima técnica, si le ha sido reconocida al empleado, y que también es permanente y corresponde a retribución de servicios que requieran una superior especialización; d) así

como la parte del sueldo que se pague en especie, y e) los gastos de representación que son asignaciones hechas por la Ley en forma permanente, por razón de la posición que se ocupa, de la categoría del empleo y la dignidad y cargos que las funciones del mismo implican para su titular.

No así lo devengado por horas extras que es elemento aleatorio, contingente, que puede presentarse o no, y que puede presentarse con incidencia variable para cada mensualidad y empleado. Lo contrario implicaría que para dos empleos de la misma categoría y también para dos empleados con el mismo sueldo básico y prima de antigüedad, podrían liquidarse primas de navidad diferentes, en razón de que uno de ellos prestó horas extras y el otro no o de que uno prestó más horas extras que el otro. Aplicación de la Ley que no parece conforme con la idea de darles una compensación o bonificación por el tiempo de servicios prestados en el año, o sea, la continuidad en el servicio, más que por los servicios mismos. O sea, que la prima tiene en cuenta los factores objetivos o invariables del sueldo, vinculados al empleo, y no los subjetivos derivados de la situación o circunstancias personales del empleado.

Igualmente, ha de anotarse que en el sistema de liquidación del trabajo extra va envuelta una compensación equitativa, ya que la liquidación y pago de las horas extras se hace a un salario mayor que el del trabajo ordinario, según las fórmulas que da el Código Sustantivo del Trabajo. Por lo cual, reconocer prima de navidad sobre la base de horas extras sería una especie de sobrerremuneración de los mismos servicios que no tiene fundamento expreso en la Ley.

Esto contradiría lo que algunas legislaciones llaman sueldo anual complementario, aguinaldo, o gratificación, que es el carácter con que nació la prima de navidad, aunque ella en nuestra Ley laboral tenga hoy carácter obligatorio para la administración, es decir, no sea graciosa o gratuita.

En consecuencia, dentro del concepto de sueldo están implícitas las ideas de periodicidad e invariabilidad en la suma pagada que son correlativas a las de servicios ordinarios o jornada normal de trabajo, opuestas a la de trabajo suplemental u horas extras. Así resulta de los términos de la Ley. Al decir que se trata del sueldo que corresponde a la mensualidad que se vence el 30 de noviembre de cada anualidad, indudablemente no tomó en cuenta los factores eventuales del salario. No dijo "lo devengado" por servicios en el mes de noviembre, expresión que se comprendería el valor de las horas extras. La remisión a una fecha cierta alude también a una suma cierta, que no puede ser sino la señalada en la Ley como fija y permanente retribución de los servicios ordinarios del funcionario. Se refiere la Ley al empleo y la regulación fija de su sueldo y no al empleado, cuya actividad o calidades pueden hacer variable aquella retribución.

Por ello, no creemos que se puedan hacer equivalentes los conceptos de "salario", propio del derecho laboral, y "sueldo", del campo de la administración pública. El primero, según el Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo es más amplio porque comprende toda forma de retribución de servicios; el segundo es restrictivo e incluye únicamente los factores constantes de retribución de servicios con que dota la Ley un empleo, prescindiendo de los elementos que correspondan a situaciones variables. En consecuencia, no parece válido lo dispuesto en el número 2) del Artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, en cuanto prescribe que la prima de navidad, cuando no se ha servido el año completo, se liquida a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios y que "se pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable". A menos que el texto subrayado se refiera al caso de que el servidor no esté vinculado el 30 de noviembre. Si lo está, será siempre el sueldo del cargo desempeñado en esta fecha el que sirva de base para la liquidación.

Esto, por cuanto el Artículo 11 del Decreto 3135 se refiere a sueldo devengado y no a salario, es decir, lo señalado como retribución permanente al cargo y no a toda suma devengada por el empleado. Si se admite lo contrario, serían distintas las bases de liquidación de las primas de navidad por año completo de servicios, liquidadas por los sueldos en 30 de noviembre, mientras para las proporcionales lo sería sobre los salarios promedios del último mes de servicio. Tratamiento, el segundo, más favorable, que carece de justificación.

Finalmente, debe observarse que cuando la Ley laboral establece las bases para determinar el valor de una prestación monetaria, enuncia los factores especiales que lo integran. Por ejemplo, a propósito de pensiones de jubilación incluye el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio (Artículo 27, Decreto 3135 de 1968), esto es, toda retribución de servicios percibida en ese lapso, lo que no hizo en el caso de la prima de navidad.

En consecuencia, la Sala responde que en la liquidación de la prima de navidad, prevista en el Artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, no debe tenerse en consideración lo devengado por horas extras.

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

Mario Latorre Rueda
Presidente de la Sala

Jaime Betancur Cuartas

Mario Rodríguez Monsalve

Luis Carlos Sáchica

Rafael Acosta Guzmán
Secretario

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO

Decretos del Gobierno

DECRETOS REGLAMENTARIOS

EXPORTACIONES. Su régimen legal está estructurado sobre el principio de la libertad de las mismas, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por Leyes o Convenios Internacionales. Se declara la nulidad del Artículo 16 del Decreto Reglamentario No. 1171 de 1973.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Sesión del día 8 de febrero de 1974

Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla

*Bogotá, D.E., doce de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

*Ref.: No. 2032
Actor: Laboratorios Biológicos de
Colombia Ltda.
Decretos del Gobierno*

La Sociedad "Laboratorios Biológicos de Colombia", por intermedio de apoderado demandó la nulidad del Artículo décimo sexto del Decreto Reglamentario No. 1171 de 1973 (junio 18), por medio del cual se dispuso:

“A partir de la vigencia del presente Decreto, queda prohibida la exportación de sangre total o de plasmas y sus derivados.

“**PARAGRAFO.** En casos de emergencia, la Cruz Roja Colombiana podrá hacer exportaciones de acuerdo con lo establecido en los convenios Internacionales. De estos envíos la Cruz Roja rendirá informes detallados a la División de Atención Médica del Ministerio de Salud Pública”.

Las razones de la demanda se resumen en una sola que consiste en la falta de competencia del Gobierno para prohibir la exportación de productos, pues se trata de materia reservada a la Ley o a los convenios Internacionales, conforme al Artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967.

Sostiene además el demandante que las reglamentaciones relativas al régimen de exportaciones le compete, al Consejo Directivo de Comercio Exterior por disposición expresa del mismo Artículo 46 y no al Gobierno, constituido para el caso por el Presidente y el Ministro de Salud.

Por último afirma el actor que el Artículo 16 del Decreto 1171 de 1973 entraña violación del Artículo 120 No. 3 de la C.N. pues la disposición contenida en aquél, excede la potestad reglamentaria, toda vez que para ejercer ésta se precisa de la existencia de una Ley reglamentable que, para el caso, aún no ha sido expedida.

El actor pidió en el mismo libelo de demanda la suspensión provisional del Artículo 16 del expresado decreto, medida que decretó la Sala Unitaria con fundamento en las siguientes consideraciones:

“El régimen legal sobre exportaciones está estructurado, en los términos del Artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967 sobre el principio de la libertad de las mismas, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por Leyes o convenios internacionales.

“El referido Artículo prevé en sus literales a), d) y f) la posibilidad de establecer algunas limitaciones o restricciones y aún algunas prohibiciones temporales a la exportación, por las razones y para los fines allí mismo señalados. También se consagra en el parágrafo del citado Artículo la prohibición permanente de exportar “bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación”.

“El mismo Artículo confiere a la Junta de Comercio Exterior la facultad de dictar las reglamentaciones y determinar las restricciones y limitaciones que se deriven de la norma en cuestión, vale decir que a esta entidad le compete dictar las disposiciones complementarias de las

prohibiciones, limitaciones y restricciones que, de manera amplia y en términos genéricos consagra el mencionado Artículo 46, para lo cual le confiere un cierto poder discrecional en la apreciación de los hechos y circunstancias que de manera general se prevén en el referido Artículo. Pero es, pues, evidente que en virtud de otras Leyes o de convenios internacionales pueden consagrarse otras excepciones al régimen de libertad de exportaciones y, más aún, que mediante una nueva Ley pueda transformarse tal régimen en otro diferente y también que se puedan consagrar nuevas restricciones o limitaciones a la libertad de exportación, atribuyéndosele a un organismo distinto de la Junta de comercio exterior, las facultades requeridas para la ejecución de los nuevos preceptos o trasladarle sus competencias actuales; todo ello claro está, dentro del marco constitucional y, en todo caso, por medio de una Ley.

Ahora bien: En relación con la prohibición contenida en el Artículo acusado surgen dos posibilidades:

Primera: Si esa prohibición se considera comprendida dentro de la enumeración del Artículo 46 del Decreto 444 de 1967, entonces no le compete su determinación al Presidente de la República y al Ministro de Salud a través de un Decreto Reglamentario, sino a la Junta de Comercio Exterior, de la cual hacen parte, entre otros, los Ministros de Hacienda, Agricultura y Fomento y el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación.

Segunda. Si la prohibición no cabe dentro de las previsiones del Artículo 46 del Decreto 444 de 1967, su consagración tampoco puede proceder de un decreto reglamentario, porque entonces, la competencia es del legislador.

Ni en el encabezamiento del decreto acusado que se califica de reglamentario, ni en sus considerandos se indica cuál es la norma legal objeto de la reglamentación, pero se invocan las facultades atribuidas al Ministerio de Salud Pública para "dictar las normas de protección de recuperación de la salud, de conformidad con el Decreto 2470 de 1968" orgánico del mismo. En este estatuto no se consigna tampoco ninguna prohibición específica sobre exportación de bienes, ni se atribuye al Ministerio de Salud Pública ninguna competencia al respecto. Y en cuanto a las normas que pueda dictar el Ministerio para la promoción, protección y recuperación de la salud y para la vigilancia de su ejecución, específica claramente, que han de ser las necesarias para desarrollar la Ley y los decretos respectivos (Artículo 6o. literal c) Dcto. 2470 de 1968.

Resulta claro, entonces, que el Gobierno por medio de un simple decreto reglamentario no está facultado para prohibir, restringir o limitar la exportación de bienes, en razón de ser ésta una competencia legislativa”.

Esta Sala plural acoge íntegramente la fundamentación de la providencia transcrita y reafirma que en cuanto la prohibición específica contenida en el acto acusado pudiera considerarse comprendida dentro de las limitaciones o prohibiciones que en forma genérica prevé el Artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967, entonces la competencia no sería del Presidente y su Ministro de Salud Pública, sino de la Junta de Comercio Exterior por ministerio de esta misma disposición, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Artículo 46. La exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por Leyes o Convenios Internacionales vigentes.

La Junta de Comercio Exterior podrá sin embargo:

- a) Dictar reglamentaciones para encausar la exportación de ciertos productos a través de organismos especializados, con el objeto de defender los mercados externos mediante la garantía de calidades y oportuna entrega y de armonizar el volumen de la exportación con la capacidad de la producción nacional y la posibilidad de su ensanche en tiempo razonable;
- b) Señalar el grado de elaboración o transformación que deben tener ciertos productos para que puedan ser exportados. En ejercicio de esta facultad, la Junta tomará en cuenta las condiciones propias de las distintas regiones productoras:
- c) Establecer limitaciones temporales para la exportación de Artículos de primera necesidad, cuya producción haya sido afectada por malas cosechas o causas de índole semejante y que no puedan ser sustituidos, en condiciones económicas, por otros de producción nacional o extranjera;
- d) Fijar normas sobre calidades, empaques, marcas y demás requisitos que aseguren las mejores condiciones para la comercialización de los productos nacionales en los mercados externos;
- e) Limitar o prohibir la exportación de Artículos necesarios para el abastecimiento nacional, cuando exista una escasez de ellos en el mercado mundial y mientras subsistan las circunstancias que la hayan determinado y

f) Establecer restricciones para proteger la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables.

Parágrafo. Queda prohibida la exportación de bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación.

La Junta de Comercio Exterior reglamentará la salida temporal de estos objetos con fines de exhibición, de acuerdo con las normas legales vigentes”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara la nulidad del Artículo decimosexto del Decreto reglamentario No. 1171 de 1973.

Publíquese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

PATENTES, MARCAS, MODELOS Y DIBUJOS INDUSTRIALES. Se declara sin efecto el auto de suspensión provisional de fecha 16 de octubre de 1973, del inciso 2o. del Artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 755 de 1972, en la parte que dice: "Los registros, renovaciones, prórrogas, trasposos... cambios de nombre, causarán por cada una de sus clases, derechos fiscales...".

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro

*Bogotá, D.E, veintiocho de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Radicación 2595. Nulidad del inciso 2o. del Artículo 9o. del decreto 755 de 1972 sobre derechos fiscales en los actos administrativos sobre propiedad industrial.

Demandante: Germán Cavelier

Según la demanda se pidió la nulidad parcial del inciso 2o. del Artículo 9o. del decreto 755 de 1972 en la parte que dice:

“... Los registros, renovaciones, prórrogas, trasposos. . . cambios de nombre causarán por cada una de sus clases derechos fiscales. . .”

Se señalan como violados el ordinal 3o. del Artículo 120 de la Constitución sobre potestad reglamentaria; el 43 de la misma obra que señala las entidades que pueden imponer contribuciones; los 543, 591 y 574 del Código de Comercio que describen las formalidades que deben cumplirse para solicitar y tramitar el otorgamiento de patentes y los Artículos 544, 545, 546, 547, 573, 575, 581, 587, 588, 589, 603 y 2033 del código de comercio adoptado por el Decreto-Ley número 410 de 1971. Estas normas se refieren a requisitos para obtener el registro de nombres comerciales o el otorgamiento de privilegios sobre modelos, dibujos y marcas de fábrica. El último, el 2033 es así:

“Este código regula íntegramente las materias contempladas en él. Consiguientemente, quedan derogados el código de comercio terrestre y el código de comercio marítimo adoptados por la Ley 57 de 1887, con todas las Leyes y decretos complementarios o reformativos que versen sobre las mismas materias, exceptuados solamente los que determinen el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control permanente y el Capítulo XI del decreto 2521 de 1950”.

El demandante estima que por decreto reglamentario no pueden establecerse contribuciones y que las normas demandadas no tienen relación con aquellas que según el decreto se están reglamentando. Finalmente considera que la derogación contenida en el Artículo 2033 del código de comercio se extiende a las Leyes relativas a contribuciones que se denominen derechos fiscales o derechos de publicación e impuestos de timbre.

El señor fiscal opina que no debe accederse a lo demandado porque según la doctrina patrocinada en la sentencia que resolvió el asunto planteado por el mismo demandante doctor Cavalier sobre parte del mismo precepto hoy demandado, conduce a la conclusión de que el decreto reglamentario no establece ni modifica ningún tributo sino se limita a hacer referencia a los creados por otras Leyes. Concretamente por el decreto legislativo número 547 de 1951 transformado en legislación permanente.

El demandante cree que la derogación del Artículo 2033 del código de comercio comprende las Leyes tributarias conectadas con la propiedad industrial.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El código de comercio en el aspecto que ahora interesa reglamentó la materia de la propiedad industrial en cuanto hace a las condiciones y proce-

dimientos para el reconocimiento de los derechos pero en ninguno de sus Artículos se refirió al aspecto fiscal. Cuando el Decreto 547 de 1951 suspendió, y hoy debe entenderse que derogó, algunos Artículos de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, tales normas se referían concretamente a la cuantía de los impuestos o derechos fiscales que en aquellas Leyes estaban señalados y no a lo sustancial de la propiedad industrial. Esto último fue lo que modificó el código de comercio y por consiguiente aquellas Leyes fueron sustituidas por la nueva pero no en lo tocante a los tributos porque esto no es materia complementaria sino accesoria del derecho para obtener privilegios por marcas, patentes, dibujos y modelos. Por tanto los llamados derechos fiscales de publicación e impuestos de timbre siguieron vigentes según lo estatuido por el citado decreto 547 de 1951 hoy modificado por el decreto 284 de 1973 complementado por el 712 del mismo año.

En el fondo, la demanda está dirigida a demostrar que mediante el código de comercio fueron derogados los estatutos relativos a impuestos o derechos fiscales o derechos de publicación o impuesto de timbre y que en consecuencia sólo una Ley nueva puede establecerlos.

Es claro que mediante un decreto reglamentario no pueden instituirse impuestos ni contribución alguna a cargo de los particulares y a favor del fisco pero en el inciso 2o. del Artículo 9o. del decreto objeto de este proceso no se estableció impuesto alguno y sólo se repitió lo que ya tenía establecido el decreto 547 de 1951 que era en ese momento la Ley vigente sobre esta materia económica conectada con la propiedad industrial.

Incidentalmente, cabe advertir que las disposiciones de los Artículos 618 y 2035 del código de comercio nada añadieron a la potestad reglamentaria que la Constitución confiere al presidente. Todas las Leyes pueden ser reglamentadas sin necesidad de que se recuerde esta facultad en cada una de las que se expidan.

Porque a primera vista parecía que el decreto 755 de 1972 pretendía crear tributos fue por lo que, posiblemente con alguna ligereza, se dictó el auto de suspensión provisional que ahora habrá de revocarse en vista de las breves reflexiones que quedan expuestas.

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:

1. No se accede a lo demandado;

2. Declárase sin efecto el auto de suspensión provisional pronunciado en este proceso el dieciseis (16) de Octubre de mil novecientos setenta y tres (1973);

3. Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y archívese. Comuníquese al Ministro de Desarrollo Económico y al Superintendente de Industria y Comercio. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

Gustavo Salazar Tapiero

Juan Hernández Sáenz

Bernardo Ortiz Amaya

Miguel Lleras Pizarro

Hernando Franco Rojas
Secretario



DECRETOS DEL GOBIERNO

CORPORACIONES PRIVADAS DE AHORRO Y VIVIENDA – INTERVENCIÓN ESTATAL. La intervención prevista en el numeral 14 del Artículo 120 C.N. es una especie sui generis del género de la instituída en el Artículo 32 *ibidem*, pero con diferencias específicas que radican en dos factores: el traslado integral de la competencia intervencionista al Gobierno, y la limitación de materia. El Artículo 32 C.N. señala la filosofía de la intervención del Estado al fijar la naturaleza, fines, alcance económico y social, limitaciones y condiciones fundamentales de ésta.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao

*Bogotá, D.E., seis de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: No. 1836

*Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía
Decretos del Gobierno*

Ejercitando la acción consagrada en el Artículo 66 del C.C.A., el doctor Francisco Eladio Gómez Mejía, demandó juntamente con la suspensión pro-

visional que se le denegó, la nulidad del Decreto 678 de 2 de mayo de 1972, por medio del cual el gobierno nacional tomó unas medidas en relación con el ahorro privado.

Adujo como hechos fundamentales de la acción entablada, que como resultado de la reforma constitucional de 1968, por medio del numeral 14 del Artículo 120, se le dió al presidente de la República como atribución propia "la intervención necesaria en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado". Como el plan de desarrollo que preparó el gobierno aún no ha sido puesto en marcha por ninguno de los medios contemplados en el Artículo 80 de la Carta, el Gobierno, en ejercicio de la función que se ha mencionado, tomó una serie de medidas tendientes a la canalización de recursos para la construcción, y al efecto expidió el Decreto 677 de 1972 que tiene fecha 2 de mayo, en la cual se dictó también el 678 que autorizó la constitución de corporaciones privadas de ahorro y vivienda.

Opina el demandante que, en primer término, se ha violado con el Decreto 678 el ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución Nacional, por cuanto, si bien es cierto que la reforma constitucional de 1968 asignó al Presidente de la República el "poder de regulación de los distintos mecanismos de dirección y control monetario, como de las actividades de manejo del ahorro privado; Tal facultad no está limitada a ello, "sino que se extiende a la regulación misma de la existencia de las personas jurídicas que se va (sic) a intervenir; regulación de su constitución, de los distintos aspectos de su funcionamiento, de las relaciones entre sus accionistas, es decir, en virtud de esta facultad, al Gobierno le correspondería determinar el régimen general de aquellas personas jurídicas cuyas actividades va a intervenir y controlar". Y como la intervención del Presidente debe ser la "necesaria", estima que su competencia no es tan extensa como que sea capaz de sustentar el decreto materia de impugnación, el que ha tocado campos que no son de la incumbencia del Presidente de la República, por lo cual el acto demandado quebranta la Carta en el ordinal en cita.

Agrega el libelo que los ordinales 1 y 2 del Artículo 76 de la misma codificación constitucional, en concordancia con el Artículo 12 *ibidem*, se han violado con la expedición del decreto acusado. En efecto, cuando el Legislador reguló lo referente a corporaciones y fundaciones de beneficencia pública, o cuando dictó norma sobre sociedades civiles o sobre personas jurídicas con ánimo de lucro, no hizo más que ejercitar las funciones constitucionales de que estaba investido. El código civil y el de comercio se han ocupado de estas materias. Sin embargo, otras Leyes como el C.S.T. trata de sindicatos y los Decretos-Leyes 2368 y 2369 de 1960 regulan, en su orden, las Sociedades Administradoras de Inversión y las Corporaciones Financieras, y el Decreto-Ley 1598 de 1963 se ocupa de las sociedades cooperativas. En

cuanto a las personas jurídicas, dedicadas al aprovechamiento, manejo o inversión de fondos provenientes del ahorro, dice la demanda, que su regulación ha sido muy estricta, y al efecto cita casos como los contemplados en la Ley 57 de 1931, donde el Legislador se ha sujetado al Artículo 76 de la Constitución, en armonía con el 12 de la misma. Este análisis lo hace la demanda para llegar a la conclusión de que el acto impugnado quebranta los ordinales 1 y 2 del Artículo 76, en armonía con el 12 de la Carta, cuando concluye en estos términos: "Ciertamente, el Presidente de la República puede en virtud de su competencia exclusiva, modificar y derogar aquellas Leyes sobre las actividades de personas dedicadas al ahorro; para poner un ejemplo, puede modificar o derogar el Artículo 118 de la Ley 45 de 1923 que determina en qué obligaciones se deben invertir los depósitos recibidos en las secciones de ahorro, como capital, el fondo de reserva y otros fondos de ellas; puede, para tomar otro ejemplo, determinar que la Caja de Crédito Agrario tiene o no tiene que efectuar las inversiones forzosas que antes preveía la Ley. Pero lo que no puede, lo que sigue siendo atribución del legislador, es la regulación de la existencia, constitución y régimen general de las personas jurídicas".

Finalmente termina este capítulo de la demanda diciendo que en ejercicio de la competencia que tiene el gobierno conforme al numeral 14 del Artículo 120 de la Constitución Nacional, no puede autorizar la constitución de personas jurídicas y determinar el régimen de las mismas so pretexto de que tales personas se dediquen a actividades relacionadas con el ahorro.

El señor Fiscal lo. de la Corporación, en su vista de fondo se muestra partidario de una negativa a las pretensiones de la actora, por cuanto "la intervención del Presidente de la República para la canalización y aprovechamiento de los fondos provenientes del ahorro no puede consistir en una simple labor de inspección o vigilancia, sino que para ello se hace necesario crear los medios adecuados para su eficaz regulación", por lo cual el decreto que se acusa se sujeta a las normas de la Carta.

En vista de que la demanda solicita la nulidad de todo el decreto impugnado, conviene, para un mejor entendimiento, sintetizar el contenido de la norma en cada uno de sus Artículos. A continuación se resume el contenido de cada uno de los Artículos del Decreto 678 de 1972.

El primer Artículo autoriza la constitución de corporaciones privadas de ahorro, con el objeto de promover el ahorro privado con destino al fomento de la construcción, dentro del sistema del valor constante, exigiendo un número mínimo de cinco miembros tanto para la constitución como para el funcionamiento de tales corporaciones. Sin embargo, el párrafo de este primer Artículo del decreto 678, autoriza al Banco Central Hipotecario para

organizar, como una filial suya, una corporación privada del ahorro, la cual tendrá personería jurídica y patrimonio propio.

Traza el Artículo segundo los objetivos de tales corporaciones, los que señala el decreto así: a) recibir depósitos de ahorros, b) otorgar préstamos a corto o a largo plazo con destino a la construcción o a la adquisición de edificaciones, c) otorgar préstamos a corto o a largo plazo para la ejecución de proyectos de renovación urbana, y d) emitir títulos valores que tengan relación directa con las actividades de la corporación. Cabe anotar que este Artículo ha sido adicionado por el Artículo 1o. del decreto 359 de marzo 9 de 1973, el cual no es motivo de la demanda que ahora se fallará. Los párrafos de este Artículo 2o., en su orden, disponen que los préstamos que se otorguen, deben estar respaldados con hipoteca de primer grado cuando sean concedidos a largo plazo y los que se den a corto plazo de preferencia también lo serán respaldados así, salvo mejor opinión de la corporación que puede exigir otras garantías. Y el segundo párrafo prohíbe a las corporaciones que se crean, adquirir bonos o títulos valores emitidos por terceras personas, ni obligaciones que no hayan sido otorgadas en su favor, salvo disposición en contrario de la junta de Ahorro y vivienda, y siempre que los productos sean destinados a operaciones que estén acordes con las disposiciones del decreto 677 de 1972.

Para la constitución de las corporaciones de que trata el decreto acusado, dice su Artículo 3o., será indispensable la formación de acta, suscrita por los fundadores, donde se exprese el nombre de la corporación, el domicilio principal de ella y el de sus sucursales si las hubiere, el nombre, domicilio y número de acciones suscritas por cada accionista; la indicación de los fundadores que desempeñarán provisionalmente la dirección de la corporación; las facultades que se reservará la asamblea general de accionistas; los nombres y apellidos de las personas que desempeñan la gerencia o que lleven la representación legal y el de sus suplentes, con anotación del domicilio de cada uno de ellos, y, finalmente, el monto del capital y la forma como éste se halla dividido en acciones.

Del acta que se ha hablado, dice el Artículo 4o., se hará un extracto que, previa autorización que en el término de tres días dará el Superintendente Bancario, se publicará por dos veces con intervalos de siete días, en el período que el mismo superintendente indique.

Ocho días después de la última publicación según el Artículo 5o., se presentarán al superintendente bancario el original y una copia del acta de organización, y los ejemplares autenticados por el editor del periódico donde aparezcan las publicaciones, juntamente con el proyecto de estatutos que regirán la corporación.

Los Artículos 6 a 8 del estatuto demandado, señalan los procedimientos que se deben adelantar ante la Superintendencia Bancaria con el fin de lograr la resolución de funcionamiento del fondo, la cual podrá expedirse hasta por veinte años que podrán ser prolongados antes de la expiración de su plazo, habida cuenta, desde luego, del cupo de corporaciones que pueden funcionar en un período dado de acuerdo con la reglamentación gubernamental y del capital suscrito y pagado que tenga la corporación privada, el cual no podrá ser inferior a treinta millones de pesos y el mismo que puede ser reajustado por el Gobierno, de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda y de conformidad con el inciso 2o. del Artículo 3o. del Decreto 677 de 1972. Lo anotado está dispuesto en los Artículos 9 y 10 del decreto materia de impugnación.

En los Artículos 11 a 13 del estatuto demandado se permite a los establecimientos bancarios, a las corporaciones financieras, a las compañías de seguros y a las sociedades de capitalización, crear corporaciones privadas de ahorro y vivienda, o adquirir acciones de las existentes hasta por valor de un diez por ciento del total de su capital y de sus reservas, permitiendo, además, a los directivos de tales establecimientos hacer parte de los organismos directivos de las corporaciones, pero sin tener nunca más de un veinticinco por ciento de los votos en que se divida el capital social y sin que su aporte exceda del treinta por ciento del capital de la propia corporación que, de todas maneras, como institución de crédito que será, debe estar sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y por lo mismo, colaborará para su sostenimiento con el cincuenta por ciento de las sumas que para tales fines se impongan a los establecimientos bancarios.

Exime el Artículo 14 a las corporaciones privadas de ahorro y vivienda de todo régimen de inversiones forzosas distintas a las que prevé el propio decreto acusado, pero deja a la Junta de Ahorro y vivienda, con la aprobación de la Junta Monetaria, la facultad de señalar un coeficiente hasta del cinco por ciento de las exigibilidades de la respectiva corporación, para garantizar su liquidez, requisito que podrá cumplirse con la inversión en obligaciones de valor constante emitidas por el Fondo de Ahorro y Vivienda, FAVI, creado por el Artículo 6o. del Decreto 677 de 1972.

Finalmente, los Artículos 15 y 16 del Decreto 678 que se acusa, dicen que los estatutos de estas corporaciones privadas se ajustarán formalmente a las de las sociedades anónimas y que en lo no previsto en el Decreto 677, se atenderán a las normas de la Ley 47 de 1923. Y para efectos de las inhabilidades de que trata el Artículo 202 del C. de C., se tendrá en cuenta el ejercicio del cargo de miembro de una junta directiva de una corporación privada de ahorro y vivienda. Conforme con el Artículo 17, último del decreto impugnado, éste rige desde el 18 de mayo de 1972 fecha de su publicación en el Diario Oficial número 33594.

Avanzada la tramitación del negocio el Dr. Carlos Restrepo Piedrahita se constituyó parte impugnadora, y como tal, solicitó audiencia pública que, concedida por la Sala, se llevó a cabo, según consta en el acta que obra a folios 35 a 40 de este informativo. Allí se puede observar, cómo mientras la parte actora se sostuvo en las tesis expuestas en su libelo de demanda, la parte impugnadora se opuso a ellas con argumentos de origen histórico constitucional y concluyendo en que la demanda ha debido formularse no sólo contra el decreto 678, sino contra éste y el 677, cuyo conjunto conforma un acto complejo, toda vez que el segundo es reglamentario del primero que hace las veces de matriz. Sólo el legislativo, contra-argumenta el actor, puede intervenir en la orientación y en la dirección del ahorro privado, y cualquier acción de la rama ejecutiva constituye una intromisión, porque esta rama del poder público carece de facultades para crear institutos que únicamente el Legislador podría crear. La impugnadora trajo un resumen de sus alegaciones orales, que está visible a folios 41 a 45 del expediente y que ha servido eficazmente para el estado del presente negocio.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

Son dos los cargos fundamentales de la demanda: primero, violación del Artículo 120-14 de la C.N., en cuanto el Gobierno “efectuó una intervención que no era necesaria”, y, segundo, violación de “los ords. 1 y 2 del Artículo 76 de la Constitución en concordancia con el Artículo 12 de la misma Carta”.

Al desarrollar la demanda su argumentación sobre el primer cargo, alude a la Ley del Plan (Artículo 76-4 C.N.) y a las Leyes sobre las materias señaladas en los ordinales 20 y 22 del mismo Artículo 76, insinuando que tales preceptos constituyen limitaciones al ejercicio de la potestad consagrada en el Artículo 120-14, pero sin concretar cargo alguno de violación.

Para un mejor ordenamiento del raciocinio, estima la Sala que es preciso invertir el orden de los cargos formulados por el actor, porque el examen del segundo cargo permite un análisis un poco más amplio del Artículo 120-14 en función de todo el articulado de la Carta, aunque con las limitaciones que impone la demanda. Por ello, al examinar el primer cargo, la Sala se referirá a las alusiones que hace el demandante en relación con la Ley del Plan, con las llamadas “leyes cuadros” y con las relativas al “fomento de las empresas útiles o benéficas”.

Dentro de las enmiendas a la Constitución Nacional introducidas en el año de 1968, cabe anotar la consignada en el numeral 14 del Artículo 120 que fija las funciones del Presidente de la República como Jefe del Estado Colombiano y como suprema autoridad administrativa en estos términos:

“Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”.

I ASPECTOS DE LA INTERVENCION ESTATAL

La institución política de la intervención estatal es, en el derecho Colombiano una sola. Su naturaleza, sus fines, su alcance económico y social, sus limitaciones y condiciones fundamentales, vale decir su filosofía, están determinados en el Artículo 32 de la Constitución Nacional.

Conforme al Artículo 32 de la C.N., el ejercicio mismo del poder interventor que, en esencia, consiste en la determinación de los medios para su realización, le corresponde al Gobierno. Esto quedó completamente definido en virtud del Acto Legislativo de 1945 que cambió la expresión “intervenir por medio de Leyes” por la intervención “por mandato de la Ley”. Entonces se operó un traslado de competencia normativa, del Congreso al Gobierno. Durante la vigencia del A.L. No. 10, de 1936 era de la competencia del Congreso no sólo la definición política sobre la oportunidad o la conveniencia de intervenir sino también el señalamiento de los medios a través de los cuales se haría operante la intervención, de forma que al Gobierno le incumbía únicamente la ejecución de la Ley y la expedición de los reglamentos necesarios para tal efecto, en ejercicio de su función administrativa ordinaria y corriente (C.N. 1. 0-3) (ver sentencia de la C.S.J. Sept. 4 de 1939 G.J. T. XLVIII pg. 610, y ss). Pero el constituyente del año 45 consideró que no era el Congreso sino el Gobierno, el órgano estatal adecuado y mejor equipado para seleccionar los medios convenientes y eficaces para realizar la intervención y, estimó además, que esos medios dada la versatibilidad de los hechos sociales y económicos, no debían tener la rigidez intrínseca de las Leyes sino la agilidad propia de los actos del Gobierno. Por ello procedió a instituir una redistribución de competencias en la materia, reservando al Congreso únicamente la facultad de conferir el mandato de la intervención, vale decir, la atribución de hacer el juicio político sobre la conveniencia, necesidad u oportunidad de la intervención, dejando en manos del Gobierno todas las atribuciones necesarias para su efectividad. Lo anterior significó que el Gobierno adquiriera un poder normativo que antes le correspondía al Congreso, es decir que la Constitución le otorgó a aquél facultades de normación jurídica con fuerza equiparable a la Ley. En otros términos, que los decretos por medio de los cuales el Gobierno determina los medios para realizar la intervención tienen fuerza de Ley y, por lo mismo, son instrumentos jurídicos idóneos para derogar disposiciones legales, siempre y cuando no rebasen el ámbito material de la intervención señalado en el mandato conferido por el Congreso. Sin embargo, después de la Reforma

Constitucional de 1968, tal virtualidad y jerarquía jurídicas aparecen modificadas en un doble sentido. De una parte por la consagración de una categoría superior de Leyes, que se sitúan en un puesto intermedio entre la Constitución y la legislación corrientes, a saber: Las normas orgánicas del Presupuesto Nacional, las que determinan la estructura general de la administración, los estatutos básicos de los entes paraestatales, los que contienen las normas generales sobre organización del crédito público, sobre cambio internacional y comercio exterior, sobre modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. A éstas es preciso agregar las disposiciones que fijan los planes y programas de desarrollo económico y social a que deba someterse la economía nacional y los de obras públicas; pues se trata en estos casos de una normatividad fundamental que implica unas decisiones básicas para la organización y orientación del Estado, es decir los pilares de una política general cuyo señalamiento, en principio, debe corresponder en una democracia como la nuestra, a los órganos de la representación nacional, a menos que ésta, por un acto político suyo, habilite al Gobierno para dictar esa normatividad, por medio de una Ley que revista, "*pro tempore*", al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, o de que ocurra la hipótesis prevista en el penúltimo inciso del Artículo 80 de la Carta o, en fin, que sobrevenga la situación contemplada en el Artículo 122 y se declare el estado de emergencia. El Gobierno no podría, en uso de las facultades de intervención, modificar las normas legales de que se ha hecho mérito, o sustituir al legislador ordinario en caso de que este no los haya expedido, salvo que lo haga a través del mecanismo de las facultades extraordinarias, como quedó apuntado. Correlativamente con esta limitación del uso de la facultad interventora, se tiene que la potestad reglamentaria (Artículo 120-3) resulta ampliada por obra de la reforma de 1968, en cuanto el Gobierno tiene en las materias de que se trata (Leyes cuadro, Ley del plan) un amplio poder reglamentario para darles cumplida ejecución.

La subordinación de los atributos gubernamentales de intervención a los planes económicos y sociales o de obras públicas está, además, reforzada de manera expresa en la Carta cuando en el Artículo 32 se indica, como uno de los fines de la intervención, que el desarrollo integral se alcance a través de la planificación. No obstante, esto no significa que la inexistencia del plan de desarrollo económico haga imposible la intervención Estatal. La Constitución propugna el desarrollo planificado, pero si por cualquier circunstancia aún no se hubiere expedido el plan, el Estado, así sea sin el orden y la coordinación apetecidas, debe atender su función esencial de procurar el desarrollo económico y el "objetivo principal" y último de realizar "la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular".

Por consiguiente dentro de la normatividad que señala el Artículo 32 el Gobierno como ejecutor del mandato de intervención dentro de la órbita que

en él se le señale, puede dictar decretos con fuerza de Ley para determinar los medios de intervención y para lograr las finalidades generales que consagra el Artículo en cuestión y los fines inmediatos que persiga el mandato del Congreso, con las salvedades antes apuntadas, y las que nacen de las competencias constitucionales exclusivas del Congreso.

II LA INTERVENCION DEL ARTICULO 120-14 DE LA C.N.

La intervención del Estado prevista en el numeral 14 del Artículo 120 de la C.N. es una especie *sui generis* del género de la instituida en el Artículo 32 pero con diferencias específicas que radican en 2 factores:

1. El traslado integral de la competencia intervencionista al Gobierno en el caso del 120-14, de suerte que a éste no sólo se le encomienda su realización, sino que se le transfiere el juicio sobre la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de realizarla, vale decir que la intervención no requiere del mandato legal previo para ponerla en marcha, porque se trata de una función propia del Presidente de la República consignada en la Constitución Nacional (V. Sentencia C.S.J. ag. 18/72).

2. La limitación de materia, en cuanto la facultad atribuida al Gobierno y que éste puede ejercitar, sin el previo mandato del legislador, no puede cubrir todo el ámbito de la economía, sino estrictamente al relacionado con el Banco emisor y *las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado*". Esta apreciable limitación material es la contrapartida del poder transferido por la Constitución al Gobierno y que lo habilita para decidir, en esta precisa hipótesis, sobre la necesidad, la conveniencia y la oportunidad de intervenir.

Indudablemente el numeral 14 del Artículo 120 de la Carta, consagra una intervención por parte del Jefe del Estado que es la suprema autoridad administrativa colombiana, sobre el banco emisor y sobre aquellas personas que manejen, aprovechen o inviertan los fondos del ahorro privado. Esta intervención, sin lugar a dudas, es una especie de aquella genérica que ha otorgado la misma Constitución al Legislador, cuando en el Artículo 32 de tal ordenamiento permite al Estado intervenir, "por mandato de la Ley, en la producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral", pero, mientras la del Artículo 32 exige necesariamente para su ejercicio la condición de un mandato del Congreso, conferido por medio de una Ley formal, la del numeral 14 del Artículo 120 se le otorga al Presidente de la República como una función propia que no requiere mandato previo. Tal es el alcance de esta última expresión al parecer, no muy afortunada,

pues, es sabido que, de todas suertes la función interventora en sí misma, es propia del gobierno.

De conformidad con el numeral 14 en comento, el Presidente de la República puede intervenir en el banco emisor y en las actividades de personas dedicadas al manejo, aprovechamiento o inversión de los fondos provenientes del ahorro privado. La primera hipótesis no ha sido sometida a estudio del Consejo, a quien se ha planteado únicamente una modalidad de la segunda previsión del numeral 14 del Artículo 120 de la Carta. Para desentrañar las posibles violaciones señaladas en la demanda, será preciso clarificar separadamente algunos conceptos que están encerrados en el texto del numeral que para este caso concreto se analiza. El propio Artículo 120-14 consigna muy claras y terminantes limitaciones a ese poder. En primer lugar, le restringe la materia porque lo refiere exclusivamente al Banco Emisor y “a las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”. O sea que el Gobierno, en ejercicio de tal facultad, no está habilitado constitucionalmente para expedir disposiciones con fuerza legal que afecten a otro tipo de personas naturales o jurídicas: el ámbito de la intervención y su poder normativo, lo restringe la Constitución al Banco Emisor y a las personas que tengan por objeto social específico, el ya indicado. Es decir aquéllas cuya actividad esencial gira en torno a la captación de ingresos no consumidos y su colocación al inversionista. Se trata, pues de los llamados intermediarios financieros en el mercado de capitales, como cajas y secciones de ahorro, compañías de seguros de vida, de capitalización, de inversiones y demás entidades especializadas en la función de canalizar el ahorro privado nacional hacia la formación de capital.

En segundo lugar señala el Artículo 120-14 que la normatividad allí prevista se limita a regular la actividad de las indicadas personas jurídicas. Es bien sabido que el régimen de las personas jurídicas, en principio, lo reserva la Constitución a la competencia de la Rama Legislativa, razón por la cual dicho régimen está contenido fundamentalmente en Códigos como el Civil, el de Comercio y en ciertas Leyes especiales como la bancaria. Esta reserva de materia está consagrada en textos expresos como los Artículos 12, 44 y 76 numerales 1o. y 2o. Pero aún a falta de texto expreso, se deduciría, tanto del principio implícito en la Carta, conforme al cual el Congreso disfruta en el orden de la normatividad de una cláusula general de competencia, como también de directa y estrecha relación entre el régimen de las personas y el de las libertades públicas consagradas en el Título III, cuyo ejercicio, salvo excepciones expresas, sólo admite desarrollo a través de disposiciones que emanen de la Rama Legislativa. Las excepciones al principio anterior son una consecuencia de los poderes extraordinarios o de carácter especial que en la propia Carta se otorgan al Gobierno, tales como las previstas en los Artículos 76, 12, 121 y 122, 32 y 120, No. 14.

Limitando el examen de la cuestión a las previsiones del Artículo 120 No. 14 se tiene, pues, que los poderes normativos del Gobierno inherentes a la intervención allí prevista, se circunscriben a la regulación de la actividad de las personas que allí se mencionan. Quiere ello significar que en todo lo demás el Gobierno ha de mantenerse dentro del marco de la legislación vigente. Así, pues, en tratándose de las personas jurídicas y más específicamente de las comerciales, no podría el Gobierno, so pretexto de ejercer los poderes derivados de esta modalidad de intervención, alterar los principios básicos del contrato de sociedad contenidos en el Título I del Libro Segundo del C. de Co., ni sustraer a las sociedades sobre las cuales recaiga su intervención del régimen de inspección y vigilancia previsto en el mismo código o en la Ley bancaria, ni derogar o modificar las normas fundamentales que estructuren los diversos tipos de sociedades (Título III, IV-V, VI y VII del Co. de Comercio) porque allí está prefijada por el legislador la *estructura fundamental* de las sociedades.

Pero respetando este marco estructural de origen constitucional y legal, es evidente que en orden a regular la actividad de las personas que tengan por objeto social específico el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, el Gobierno está habilitado para dictar, con la finalidad indicada del Artículo 120-14 de la Constitución, disposiciones que inciden sobre el monto del capital, o normas de carácter simplemente formal o instrumental que no entrañen modificaciones a la estructura básica del régimen legal vigente.

Sobre la base de la preexistencia de una modalidad de ahorro y su canalización creadas por el decreto 677 de 1972, el Gobierno está con capacidad de determinar por ejemplo, que las sociedades que para tal fin cree y organice la iniciativa privada, no puedan diversificar su objeto social hacia otros objetivos limitándoles así el ámbito de su actividad. Ello es claro, por la relación directa y estrecha que media entre objeto y actividad sociales, toda vez que el primero determina el marco dentro del cual se desarrolla la segunda o, mejor aún, porque el objeto social sólo se realiza a través de la actividad social.

Tampoco desbordaría el marco constitucional una disposición del Gobierno en virtud de la cual se consagrare como condición para el ejercicio de las actividades sociales, que el capital de la Sociedad no pueda ser inferior a cierta cantidad considerada como el mínimo indispensable para garantizar que la actividad intervenida se desarrolle conforme a los fines propuestos.

Disposiciones de este orden que indudablemente repercuten sobre elementos relativos a sus actividades pero que pueden reflejarse sobre el objeto de las personas jurídicas, como las indicadas anteriormente, estarían acordes con los poderes derivados del Artículo 120-14 porque en la realidad no es

posible hacer un corte tajante entre lo que concierne a la pura actividad y lo atinente a la mera existencia. La distinción de estos conceptos se desvanece y se desdibuja en el proceso dialéctico de la vida real por el condicionamiento recíproco de los mismos.

No escapa a la Sala que la potestad normativa que emana del Artículo 120-14 pudiera eventualmente conducir, en la práctica a una posible estructuración de "subtipos" o sub-especies de sociedades; pero mientras ello no implique desbordamiento, ni desnaturalización de la fundamental tipología legal, ni entrañe desconocimiento de los principios básicos sobre los cuales descansa el régimen jurídico de las sociedades contenido en la Ley formal, y sean, además, una consecuencia de la finalidad señalada en el propio numeral 14, no podría predicarse, válidamente violación de la Carta fundamental. A juicio de la Sala el subtipo resultante sería como un efecto indirecto de la potestad reguladora de las actividades de las personas comprendidas en el numeral 14 y, por lo tanto, una consecuencia natural de la misma disposición.

La parte impugnadora afirma que el traslado de competencia que se operó a través del Artículo 120-14, en cuanto implica además la dotación de todos los medios necesarios para ejercerla, significó la atribución de una facultad legislativa plena e ilimitada en materias relativas al ahorro privado. No comparte la Sala esta conclusión tan radical y absoluta. En primer lugar, según se expresó antes, la transferencia del poder interventor no se operó en nuestro derecho público en 1968, sino en 1945. En la última reforma constitucional y en relación con el ahorro, lo único que se traspasó del Congreso al Gobierno, fue la decisión para intervenir, pues el poder mismo de intervenir en este y en todos los demás órdenes de la economía ya era una función ejecutiva desde el A.L. de 1945. En segundo lugar, la intervención estatal no puede interpretarse como institución aislada y ajena al sistema político consignado a través de todo el contexto de la Carta Fundamental, en el cual, si es verdad que se asignan funciones propias a la Rama Ejecutiva, no es menos cierto que, otro tanto, ocurre con la Rama Legislativa, y que ello también tiene que traducirse en consecuencias jurídicas. Por manera que cuando sobre una materia determinada se le asigna al Gobierno una función con alcance normativo en algún grado equiparable a la Ley, de ello no puede deducirse "*per se*," la extensión del atributo hasta ámbitos ajenos y reservados al Legislador y menos aún si el camino que conduce a la conclusión es el de las "facultades implícitas" que, por su naturaleza, tienen que ser puramente instrumentales y, por lo mismo, de aspecto restringido.

La ampliación de la órbita de la Rama Ejecutiva realizada en el Acto Legislativo de 1968 no entraña el anonadamiento de la Rama Legislativa, a la cual se le reservaron unas decisiones políticas fundamentales que al Gobierno le están vedadas, so pretexto del ejercicio de la función interventora, tales

como aquellas que sólo pueden ser materia de las llamadas “Leyes orgánicas” o “estatutos básicos”, para no mencionar otros.

III EL ACTO ACUSADO

El actor pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 678 de mayo 2 de 1972, por el cual se autoriza la creación de Corporaciones privadas de Ahorro y Vivienda y se dictan una serie de disposiciones relativas a su objeto, a las formalidades de su constitución a su capital, etc. con el fin de que, a través de tales entidades, se ejecute el sistema de fomento del ahorro, instituido por el Decreto 677 de 1972 sobre la base del valor constante de depósitos y préstamos, en función de una corrección monetaria.

En consecuencia, la demanda no involucra dentro de sus pretensiones un examen sobre la constitucionalidad del sistema mismo para cuya ejecución se autorizó la creación de las Corporaciones, razón por la cual la Sala debe limitar estrictamente su estudio a la materia que se le plantea. En tal virtud la cuestión que se debate está circunscrita al examen del decreto por el cual simplemente se prescriben los mecanismos de funcionamiento de las entidades que tienen por objeto el manejo de una modalidad de ahorro preexistente y con una precisa finalidad. A estas corporaciones ya se refirió expresamente el Decreto 677 de 1972 en sus Artículos 7o., 11, letra f), Parágrafo del Artículo 12, 15 y 19, decreto también dictado por el Gobierno “en ejercicio de las facultades constitucionales y en especial de las que le confiere el numeral 14 del Artículo 120” que no es objeto de este juicio y por el cual, además, como ya se ha dicho se creó el sistema de ahorros denominado de valor constante (Artículo 3o.), con el fin de canalizarlo hacia la actividad de la construcción (Artículo 1o.).

De otra parte es preciso tener en cuenta que antes de la presentación de la demanda, el Gobierno expidió el Decreto No. 1269 de 1972 (julio 19) por medio del cual derogó y modificó la mayor parte de las disposiciones contenidas en el Decreto 678 de 1972, cuya nulidad se pide.

En efecto, por el Artículo 1o. del Decreto 1269 de 1972, se estatuyó:

“Artículo 1o. Las corporaciones de Ahorro y Vivienda funcionarán como personas jurídicas independientes; se formarán de acuerdo con lo señalado en el Artículo 77 de la Ley 45 de 1923 y disposiciones concordantes; serán sociedades por acciones y tendrán la misma naturaleza social de los establecimientos bancarios; se regirán por sus normas especiales y por las aplicables a aquéllos, y, en no lo previsto, por las relativas a las sociedades anónimas. En cuanto al capital mínimo que requieren para formarse se sujetarán a lo preceptuado en el Artículo 9o. del Decreto 678 de 1972.

“Parágrafo. La excepción consagrada en el parágrafo del Artículo 1o. del Decreto 678 de 1972, se entenderá únicamente para efectos de los límites establecidos en los Artículos 11 y 12 del mismo decreto”.

Por consiguiente los Artículos 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del Decreto demandado que contenían una serie de disposiciones relativas a las formalidades de constitución y atinentes a requisitos también formales para la autorización del funcionamiento, fueron subrogados. No obstante que en tales Artículos se seguían muy de cerca las disposiciones correspondientes de la Ley 45 de 1923 (Artículos 26, 27, 29, 77 y 79), con algunas modificaciones de carácter muy accidental, hoy por hoy, en virtud del Decreto 1269 antes citado, el envío al estatuto bancario es absoluto, completo e incondicional, de forma que en la referida materia, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda se sitúan dentro del marco de la Ley bancaria. Tanto la legislación bancaria, como el Artículo 1o. del Decreto 1269 de 1972 se remiten, en lo no previsto por aquella, el régimen de las sociedades anónimas en el C. de Co.

Otro tanto ocurre con el Artículo 13 del decreto demandado, sustituido por el Artículo 29 del Decreto 1269 de 1972 y en el cual se homologan completamente las corporaciones de ahorro y vivienda con los establecimientos bancarios, para los efectos de su inspección y vigilancia.

Como consecuencia de esta subrogación, se ha producido el fenómeno que la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha calificado como “sustracción de materia” y, por lo tanto, la Sala habrá de declararse inhibida para pronunciar un fallo de fondo en relación con los Artículos 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 13 y 15 del Decreto demandado.

En la demanda se formulan los cargos de violación en forma global, sin la discriminación que hubiere sido deseable para señalar de manera más específica, cómo y en qué medida cada una de las disposiciones del decreto implicaba el desconocimiento del régimen de las sociedades, instituído en la Ley formal y, el consiguiente desbordamiento de las facultades contenidas en el Artículo 120-14 de la C.N. No obstante la Sala hará, a continuación el examen del Articulado aún vigente del Decreto 678 de 1972.

El Artículo 1o. *autoriza* a los particulares para constituir las Corporaciones de Ahorro y Vivienda para que a través de ellas se ejecute el sistema de ahorro, con los incentivos previstos en el Decreto 677 de 1972. En otros términos, el Gobierno no crea las Corporaciones, sino que enuncia la posibilidad de que la iniciativa particular puede constituir las, en ejercicio de las facultades que se derivan de la libertad de asociación, consagrada en la Carta. Pero al mismo tiempo y, en función de la potestad interventora, el Artículo primero señala que tales Corporaciones se constituyan con el único fin de “promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construc-

ción, dentro del sistema del valor constante”, reiterando así el sistema previamente establecido por el Decreto 677 de 1972. Es incuestionable que una reglamentación de esta índole pueda establecerla el Gobierno en ejercicio de los poderes inherentes a la intervención estatal que la propia constitución le confiere, en el Artículo 120-14.

Sostiene el demandante que en los términos del Artículo 120-14, la intervención del Gobierno allí prevista “supone ya la existencia de las personas jurídicas cuyas actividades deban ser intervenidas”. Considera la Sala que ni el texto mismo de la disposición, ni la naturaleza propia de la función interventora autorizan una interpretación tan estrecha. A juicio de la Sala cuando el Artículo 120-14 emplea el vocablo intervención, es preciso entenderlo en toda la extensión de los atributos que él implica, con las únicas restricciones materiales contenidas en la propia disposición y las indicadas antes que se derivan del contexto de la Carta. Lo contrario conduciría a una conclusión que es preciso rechazar, por absurda, como sería que dentro de una misma actividad económica, unas personas pudieran ser intervenidas y otras no, según fuere la época de su constitución.

Dentro de la finalidad anotada y en desarrollo de ella, se precisa en el Artículo 2o. el objeto exclusivo de las corporaciones que se organicen. Considera la Sala que este Artículo es la consecuencia natural del primero y que, además tampoco desborda el ámbito de la intervención prefijado en el Artículo 120-14 porque al señalar el objeto social, en la forma allí prevista, se regula y encausa la actividad posible de sociedades de la índole de las previstas en el precepto constitucional en referencia y no de otras que pudieran tener un objeto diferente, todo en concordancia con lo preceptuado por el Decreto 677 de 1972.

Los párrafos primero y segundo del Artículo 2o. contienen disposiciones que regulan directamente la actividad de las Corporaciones, o sea que constituyen normas de intervención de las que específicamente contempla el Artículo 120-14 cuando prevé que la intervención incida sobre las actividades de las personas que persigan el objeto allí indicado.

El Artículo 9o. prescribe que las Corporaciones no podrán organizarse con un capital inferior a \$ 30.000.000, lo cual significa una nueva limitación a la libertad de asociación establecida en razón del poder interventor. ¿Por qué se señaló ese límite cuantitativo y no otro? Es presumible que el Gobierno teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que deberían desarrollar las corporaciones, considerase que para su cumplida realización, para la seguridad, seriedad y confianza que ella demanda, no era garantía suficiente un capital inferior: por lo cual, debe concluirse que la disposición también es atinente aunque en forma indirecta a la actividad de estas personas jurídicas. Lo mismo cabe predicar en relación con el reajuste de capital previsto en el párrafo del mismo Artículo.

El condicionamiento del permiso de funcionamiento al número de Corporaciones que determine previamente el Gobierno, contenido en el Artículo 10, también es norma atinente al desarrollo de la actividad de tales entidades y auténtica disposición de tipo intervencionista contemplada en el Artículo 120-14 porque constituye un medio a través del cual el Gobierno ejerce un control que le permita racionalizar la actividad particular de las personas en referencia, adecuándola a las necesidades y conveniencias públicas y específicamente al logro del fin que se persigue.

Las limitaciones contenidas en los Artículos 11 y 12 del Decreto 678 de 1972 persiguen que, en las corporaciones de ahorro y vivienda, no ejerzan un dominio preponderante los establecimientos bancarios y demás instituciones que allí se enumeran, a través del cual aquéllas pudieran desnaturalizarse o desviarse de su actividad propia; por ello las dos disposiciones tampoco desbordan las limitaciones contenidas en el Artículo 120-14.

El Artículo 14 exige a las corporaciones de inversiones forzosas distintas a las previstas en el mismo decreto. Con esta disposición se persigue otorgarles un margen mucho más amplio para el desarrollo de sus actividades.

El Artículo 16 es una remisión al régimen legal ordinario del C. de Co., por lo cual no puede entenderse involucrado dentro de los cargos de ilegalidad formulados en la demanda.

LA INTERVENCION NECESARIA

El demandante enuncia, pero no desarrolla suficientemente, otro cargo de inconstitucionalidad, en cuanto con el acto acusado se habría desbordado la limitación contenida en el Artículo 120-14 por no estimarse necesarias sus disposiciones. La vaguedad del cargo no le permite a la Sala realizar un detenido examen sobre este punto. A propósito estima suficiente expresar que, obviamente, cuando en la Constitución se asigne una función de la naturaleza de la que contempla el Artículo 120-14, ello conlleva un margen de discrecionalidad que le permita a su titular apreciaciones sobre la conveniencia o la necesidad de las medidas que deben adoptarse dentro del marco material de la norma atributiva de la función y de las finalidades consignadas en la Carta. En tal virtud un cargo como el que se examina, formulado en la forma dicha, no permite ningún estudio de fondo que conduzca a conclusiones suficientes para fundamentar una decisión favorable a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1. Declárase inhabilitado para un pronunciamiento de fondo en relación con los Artículos 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 13 y 15 del Decreto 678 de 1972, por haber sido subrogados por el Decreto 1269 de junio 19 de 1972,

2. En relación con las restantes disposiciones del Decreto 678 de 2 de mayo de 1972 no se accede a las peticiones de la demanda.

Archívese el expediente, dejando constancia que esta providencia se aprobó en sesión del día 3 de mayo, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

PROPIEDAD HORIZONTAL. El Instituto de Crédito Territorial no puede ejercer en forma autónoma la dirección y administración del Centro Urbano "Antonio Nariño". Se declara nula la expresión "en forma autónoma" consignada en el Artículo 1o. del Decreto Reglamentario No. 1234 de 1963.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández

*Bogotá, D.E., diez y siete de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

*Ref.: Expediente No. 2039
Actor: Roberto López Burbano
Nulidad del Decreto Reglamentario
No. 1234 de 4 de Junio de 1963, expedido
por el Gobierno Nacional. Fallo.*

(Aprobado en sesión del día diez y seis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro).

Se dedice el juicio promovido por el doctor Roberto López Burbano, en ejercicio de la acción pública que establece el Artículo 66 del C.C.A., ten-

diente a que se declare la nulidad del decreto reglamentario número 1234 de 1963.

La demanda. En su libelo de demanda expresa el actor, en síntesis, que con la expedición del Decreto número 1234, reglamentario del Artículo 3o. de la Ley 143 de 1959 se violaron los Artículos 11, 12 y 13 de la Ley 182 de 1948, sobre propiedad horizontal, así como el propio Artículo 3o. de la Ley 143 de 1959 que reglamenta, en cuanto el estatuto de propiedad horizontal autoriza a los propietarios de los diversos pisos o apartamentos a intervenir en la administración de los inmuebles, bien constituyendo una sociedad de copropietarios o mediante la adopción de un reglamento de copropiedad que debe ser elevado a escritura pública. La modificación a este régimen introducido por la Ley 143 en relación con el conjunto habitacional “Centro Urbano Antonio Nariño” de Bogotá, en cuanto le asignó la dirección y administración del Centro al Instituto de Crédito Territorial “mientras el valor de los apartamentos no haya sido cubierto en su totalidad por los respectivos adjudicatarios”, no significa que de tal dirección y administración haya quedado excluida por entero toda intervención de los copropietarios, en los términos de la citada Ley 182 de 1948.

Concepto de violación. Aunque el demandante solicita la anulación de la totalidad del decreto reglamentario, el concepto de violación lo concreta en relación con lo dispuesto por el Artículo 1o. del mismo en cuanto señala que “Para los efectos del Artículo 3o. de la Ley 143 de 1959, el Instituto de Crédito Territorial ejercerá *en forma autónoma* la dirección y administración del “Centro Urbano Antonio Nariño”, de Bogotá. Aduce el actor que el concepto de autonomía que consagra la norma reglamentaria a favor del Instituto, desborda las funciones de administración que le fueron otorgadas por la Ley 143 de 1959 en la cual no se previó la exclusión de los copropietarios, así como las citadas normas legales del estatuto sobre propiedad horizontal.

Concepto fiscal. El señor Agente del Ministerio Público conceptúa que debe anularse la expresión “en forma autónoma” consignada en la norma reglamentaria, pues, estima que “. . . tiene razón el demandante al considerar que con la frase “en forma autónoma” el Gobierno Nacional, mediante el Decreto acusado excedió la facultad reglamentaria, pues si bien en la Ley reglamentada se prescribe que “la dirección y administración del Centro Urbano Antonio Nariño seguirá siendo parte del Instituto de Crédito Territorial”, tal administración no puede entenderse que sea “en forma autónoma” como se establece en el Decreto Reglamentario, sino que ella debe conformarse a las reglas vigentes consagradas en la Ley 182 de 1948 con las especificaciones introducidas por la Ley 143 de 1959. La palabra “autónoma” que se emplea en el Decreto impugnado, en verdad le imprime a la dirección y administración del Centro Urbano Antonio Nariño, una independencia, o como su

nombre lo indica, una autonomía, que no sólo contraría el sistema de la administración de la copropiedad horizontal, sino que rebasa lo dispuesto en la Ley reglamentada y por lo mismo excede la facultad constitucional que se pretendió ejercitar”.

SE CONSIDERA:

Esta Sala está de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, toda vez que lo dispuesto por el Artículo 3o. de la Ley 143 de 1959 en cuanto faculta al Instituto de Crédito Territorial para ejercer la dirección y administración del Centro Antonio Nariño, debe armonizarse con los ordenamientos generales existentes en materia de propiedad horizontal y, más concretamente, con los derechos que en favor de los copropietarios establece la Ley 182 de 1948 en relación con su intervención en la administración de la propiedad horizontal, de suerte que las facultades otorgadas al Instituto no conllevan la extinción de toda ingerencia de los adjudicatarios en la administración del Centro en la cual éstos deban tener participación, así la dirección sea de cargo del Instituto. Por esto, el concepto de total autonomía consignado en la norma reglamentaria está reñido con la congestión, mediante la ingerencia de los representantes de los copropietarios en la administración y dirección del CUAN lo cual resulta de armonizar las normas de las Leyes 182 y 143 citadas, disposiciones que aparecen así quebrantadas por el texto reglamentario, y en tal sentido habrá de adoptar la Sala su decisión.

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

FALLA:

1. Es nula la expresión “en forma autónoma” consignada en el Artículo 1o. del decreto reglamentario 1234 de 1963.
2. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Humberto Mora Osejo

Jorge Dávila Hernández

Jorge A. Torrado
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

ESTUDIOS DE DERECHO. Sistemas para optar el título de Doctor en Derecho. Inexistencia de los Artículos 12, del Decreto Reglamentario No. 971 de 1970 y 11 del Decreto Reglamentario No. 1391 del mismo año.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Conjere Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández

*Bogotá, D.E., diez y siete de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Expediente No. 1980

Actor: Carlos Gustavo Arrieta P.

Nulidad y suspensión Provisional de los Artículos Nos. 12 del Decreto Reglamentario 971 de 1970 y 11 del Decreto No. 1391 de 1970, expedidos por el Presidente de la República.

Fallo.

(Aprobado en sesión del día diez y seis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.)

El ciudadano Carlos Gustavo Arrieta Padilla, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública que establece el Artículo 66 del C.C.A., en demanda presentada ante esta Corporación pide que se decrete la nulidad de los Artículos 12 del decreto reglamentario 971 de 1970 y 11 del decreto reglamentario 1391 de 1970.

HECHOS:

El actor fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

1. En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 16 de 1968, el Presidente de la República dictó el Decreto-Ley Número 970 de 1970, de Junio 18, mediante el cual “se promueve la reforma de los estudios de Derecho”.

2. Con base en el Decreto-Ley 970/70 se dictaron los decretos reglamentarios 971 y 1391 de 1970, por los cuales se desarrolló el primero, estableciendo los Programas Básicos de las Facultades de Derecho y los requisitos para optar a los títulos de Abogado y Doctor en Derecho.

3. Mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de 14 de diciembre de 1970, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Eustorgio Sarria, se declararon inexecutable los Artículos 16, 17, 21, 22 y 23 del Decreto-Ley 970 de 1970, por violación de los Artículos 76, ord. 12 y 118, ord. 8o. de la Constitución, y por “rebasamiento de las autorizaciones legales, y más propiamente desviación de poder”.

4. Los Artículos declarados inexecutable por la Corte fueron precisamente aquellos que establecían la diferenciación entre los títulos de Abogado y Doctor en Derecho:

a) Dice la Sentencia: “La autorización del ordinal 7o. del Artículo 20 de la Ley 16 de 1968, está concebida en los siguientes términos: “Dictar un estatuto *sobre ejercicio profesional* (subraya la Corte) *de la abogacía*, faltas de ética, sanciones y procedimientos, y para crear o señalar las entidades competentes para imponerlos”.

Es claro el mandato y su ámbito de acción precisa e inconfundible; regular el ejercicio de una profesión, bajo el supuesto de que exista, para ello, el título de idoneidad respectivo, del cual no se ocupa esta Ley. Lo cumplió el Gobierno al expedir el decreto extraordinario No. 320 de 3 de marzo de 1970, cuyo preámbulo dice: “Por el cual se dicta el estatuto del *ejercicio* (subraya la Corte) de la abogacía.

No aparece del ordinal 7o. del Artículo 20 de la Ley 16 de 1968 facultad distinta a la de regular dicho ejercicio profesional, y por ello no cabe enten-

der sus precisas autorizaciones a la supuesta de crear una o varias categorías de abogados y sus correspondientes títulos.

5. Los Artículos 12. del Decreto Reglamentario 971/70, y 11 del Decreto Reglamentario 1391 de 1970 establecen dos alternativas para el discernimiento del título de Doctor en Derecho, creado en el Decreto-Ley 970 de 1970. La primera es la presentación de Exámenes Preparatorios y Tesis de Grado, la segunda, la asistencia a cursos de especialización de investigación con duración no inferior a un año, y la realización de una Tesis de Grado. Por lo tanto, están reglamentando los requisitos para optar el título creado por los Artículos 21 y 22 del Decreto-Ley 970”.

Normas violadas y concepto de violación. El actor estima que las normas acusadas son violatorias de los Artículos 76-12, 118-8 y 120-3 de la Constitución Nacional y del Decreto-Ley 970 de 1970, en razón, básicamente, de que habiendo desaparecido las normas legales de superior jerarquía que les servían de sustento jurídico, por haberlas declarado inexequibles la Corte Suprema de Justicia, las disposiciones reglamentarias que les daban desarrollo devienen, igualmente, inconstitucionales en virtud de que lo accesorio sigue a lo principal. En apoyo de sus tesis cita varios fallos de esta Corporación.

Parte impugnadora. Con posterioridad a la expedición del auto de citación para sentencia (fol. 41 v.) presentó el ciudadano Jorge Tadeo Lozano el escrito de impugnación visible al folio 42 y ss. en el cual se opone a las pretensiones de la demanda, alegando, en síntesis, que el Gobierno no excedió la potestad reglamentaria al expedir las disposiciones impugnadas, cuyo contenido puede estimarse como desarrollo de otras disposiciones del Decreto-Ley 970 de 1970 que no fueron declaradas inexequibles, por lo cual no se configuran las violaciones de carácter constitucional aducidas por el actor y, en consecuencia, deben negarse las peticiones de la demanda.

Concepto Fiscal. El señor Agente del Ministerio Público estima que de la confrontación del texto de los Artículos 21 y 22 del decreto 970 de 1970, declarados inconstitucionales, con el texto de las normas reglamentarias acusadas, se viene en conclusión que son desarrollo de lo previsto en aquellos y, en consecuencia, “... perdieron su fundamento jurídico” y, por lo mismo, así debe declararse en la sentencia correspondiente.

Consideraciones de la Sala. Tramitado el juicio en legal forma, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Efectos de la sentencia de inexequibilidad. Si bien la jurisprudencia y la doctrina difieren en relación con los efectos de la sentencia de inexequibilidad en cuanto se considere que equivale bien a la derogatoria de la norma

declarada inconstitucional, o bien a la nulidad de la misma, con diferentes y particulares consecuencias en uno u otro caso, existe un efecto común a una y otra teoría en cuanto la norma declarada inexecutable por vía de acción, desaparece del elenco jurídico, se torna inexistente. En estas condiciones, cumple examinar si las normas acusadas son desarrollo reglamentario de las disposiciones del decreto 970 declaradas inexecutables, en orden de definir si aún conservan su fuerza jurídica o sí, por el contrario, han quedado insubsistentes en virtud de tal declaración.

Los Artículos 21, 22 y 23 del decreto extraordinario 970 de 1970, declarados, entre otros, inexecutables por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1970, contemplan:

“Artículo 21. Quienes inicien estudios de derecho con posterioridad a la vigencia de esta ordenación, recibirán el título de abogado luego de cursar y aprobar todas las materias del respectivo plan de estudios, y el grado de doctor, una vez que, concluída la carrera, aprueben exámenes de aptitud académica y científica o prosigan cursos de especialización e investigación, y presenten tesis, *de conformidad con las pautas que trace el Reglamento.*”

Artículo 22. Quienes actualmente adelanten estudios de derecho, recibirán el título de abogado a la terminación de estos. Para obtener el grado de doctor, podrán, a su elección, acogerse al régimen de exámenes preparatorios, tesis y examen de grado, hasta ahora vigente, u optar por el sistema de tesis precedida de exámenes o de cursos, *establecido en el Artículo anterior*”.

Artículo 23. Quienes al entrar en vigencia esta ordenación hayan concluído estudios de derecho, recibirán el título de abogado, cuando demuestren que con posterioridad a la conclusión de la carrera, durante tres de los cinco últimos años, o sin solución de continuidad en los dos últimos, han desempeñado funciones jurisdiccionales o del ministerio público o actividades predominantemente jurídicas en cargos públicos, o privados, y han observado conducta irreprochable.

Para obtener el grado de doctor, podrán, a su elección, acogerse al régimen de exámenes preparatorios, tesis y examen de grado, hasta ahora vigente, u optar por el sistema de tesis precedida de exámenes o de cursos establecidos en el Artículo 21.” Se subraya.

Las anteriores disposiciones contemplan, como se advierte, las modalidades para efecto de obtener el grado de “doctor” en derecho, frente al simple título de “abogado”.

Por su parte, el Artículo 12 del Decreto 971 de 1970, "por el cual se reglamenta el Decreto-Ley 970 de 1970" dispone:

"ARTICULO 12. Para el discernimiento del de Doctor en Derecho a quienes inicien estudios con posterioridad al Decreto aquí reglamentado, o a quienes habiéndolos iniciado o terminado con anterioridad, se acojan a él, se exigirán, a su elección y con posterioridad a la terminación de la carrera:

1. Pruebas de aptitud académica y científica que ausculten el criterio y la formación del aspirante, por medio de exámenes preparatorios orales y escritos en las siguientes ramas del derecho:

a) Derecho Político.

b) Derecho Penal o Derecho Laboral o Derecho Privado.

c) Teoría del Proceso, Derecho Procesal en la respectiva especialidad y Derecho Probatorio.

2. Cursos de Especialización e investigación con duración no inferior a un año.

En ambos casos, el aspirante deberá presentar tesis sobre un tema jurídico específico, de novedad y actualidad, dentro de la rama escogida, previa aprobación del correspondiente plan de trabajo por profesor de la especialidad, designado por la Facultad para orientación y asistencia en el estudio y comprobación de la naturaleza investigativa de la tesis. Aceptada ésta, el graduando deberá sustentarla en examen, ante Jurado especial".

La anterior disposición fue reproducida sin variación alguna por el Decreto 1391 de 1970 que subrogó la totalidad del Decreto 971 (Artículo 1o.).

Como se deduce de su propio texto, se tiene que la disposición reglamentaria desarrolla las dos modalidades previstas en el Decreto 970 para obtener el grado de "doctor", mediante el señalamiento de las áreas en que deben presentarse "exámenes preparatorios orales y escritos", o bien, y en reemplazo del sistema anterior, el adelantar cursos de especialización e investigación con duración no inferior a un año, debiendo presentar el aspirante en una u otra hipótesis una "tesis sobre un tema jurídico específico, de novedad y actualidad". Frente al contenido normativo de la disposición reglamentaria, la Sala encuentra que sus previsiones son un exacto desarrollo de los citados Artículos 21, 22 y 23 del Decreto

970, sin que su contenido tenga relación directa con el resto de disposiciones de este estatuto que no fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia. La anterior premisa le permite a la Sala concluir que el Artículo 12 del Decreto 971 de 1970, reproducido por el Artículo 11 del Decreto 1391 del mismo año, son disposiciones inexistentes por virtud de la declaratoria de inexecutable de las normas que reglamentan y así habrá de decidirlo.

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

FALLA:

No hay lugar a un pronunciamiento de fondo por ser inexistente el Artículo 12 del Decreto 971 de 1970 y el Artículo 11 del Decreto 1391 de 1970.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Humberto Mora Osejo

Jorge Dávila Hernández

Jorge A. Torrado
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RETIRO POR DERECHO A PENSION. No puede condicionarse el retiro del empleado que ha adquirido el derecho a la pensión, al reconocimiento de la misma, pues ello sería fijar una condición no prevista en el Decreto que se pretendió reglamentar. Se decreta la nulidad del inciso 3o., del Artículo 86, del Decreto Reglamentario No. 1848 de 1969.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

*Bogotá, D.E., cuatro de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez

Exp. No. 1501

El ciudadano Dionisio Gómez Rodado, en ejercicio de la acción de simple nulidad, ha solicitado al Consejo que, previos los trámites correspondientes y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se haga la siguiente declaración:

“Que es nulo el Artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto-Ley 3135 de 1968, en la parte que dispone: “Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará

el retiro y el empleado cesará en sus funciones. Pero si hechas las gestiones del empleado, no se decretare el reconocimiento de la pensión o no se hiciere efectivo dentro del supradicho término, la entidad nominadora aplazará el retiro hasta que se produzca el reconocimiento y se inicie el goce de la pensión”.

HECHOS:

Pueden resumirse así: en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 2400, 3074 y 3135 de 1968, por medio de los cuales estableció, en su orden, “las normas que regulan la administración de personal”, “se modifica y adiciona el Decreto 2400 de 1968” y “el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

En el Artículo 27 del Decreto 3135 se dispuso que los empleados públicos y trabajadores oficiales que sirvieran a la administración por un término de 20 años y llegaren a la edad de 55, si fuere varón, o 50 si es mujer, tendrían derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación. Así mismo, en el Artículo 29 se estableció una pensión de retiro por vejez, cuando llegaren a los 65 años de edad y no reunieran los requisitos para la pensión de jubilación.

En los Artículos 25 y 29 del Decreto 2400, con las modificaciones introducidas por el 3074, se dispuso que: “la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: . . . f) por edad” y que “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, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones”.

Al reglamentar el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969, en su Artículo 86 dispuso que el empleado que reúna las condiciones para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez, “se le notificará por la entidad correspondiente que cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión”. En la misma norma se consagró que “si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones” y que “si hechas las gestiones del empleado, no se decreta el reconocimiento de la pensión, o no se hiciere efectivo dentro del supradicho término, la entidad nominadora aplazará el retiro hasta que se produzca el reconocimiento y se inicie el goce de la pensión”.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Se citaron como tales las siguientes: Ordinal 3o. del Artículo 120 de la Constitución Nacional; Artículos 25 y 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968 y 27 y 29 del Decreto-Ley 3135 del mismo año. Se expresa en la demanda que hubo exceso en la potestad reglamentaria, pues el Gobierno fijó un plazo superior al de la norma legal para el retiro de aquellos empleados con derecho a pensión. Por ello mismo se violaron las normas legales citadas. Ampliamente explica la demanda el concepto de violación que básicamente se refiere a lo dicho.

El juicio se tramitó con el lleno de las formalidades que le son propias. No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado. La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su concepto de fondo, opina que debe accederse a las súplicas de la demanda. Como se ha citado para sentencia, la Sala para proferirla hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

Al resolver sobre la suspensión provisional que había sido solicitada en el libelo de demanda, se dijo lo siguiente:

“Se expresa en la demanda que con la norma enjuiciada se ha excedido la potestad reglamentaria, puesto que se adicionó el plazo previsto en la Ley para que el empleado con derecho a pensión de jubilación sea retirado del servicio.

“Se argumenta así: el Decreto 2400 de 1968, en su Artículo 29, sustituido por el 3074 del mismo año, dice así:

“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, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante el gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

“Por su parte la norma enjuiciada dice así:

“Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado (seis meses) se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones.

“Pero si hechas las gestiones del empleado, no se decretare el reconocimiento de la pensión, o no se hiciera efectivo dentro del

supradicho término, la entidad nominadora aplazará el retiro hasta que se produzca el reconocimiento y se inicie el goce de la pensión”.

“Si la Ley (Decreto 2400 de 1968) concedió un plazo máximo y, al mismo tiempo discrecional (dentro de los seis meses), un Decreto reglamentario no puede convertir ese máximo en un mínimo y de una facultad discrecional para la administración crear una obligación a cargo de ésta.

“Los Artículos 27 y 29 del Decreto-Ley 3135 de 1968 se limitaron a establecer las condiciones que se deben reunir para tener derecho al goce de esas pensiones sin crear derecho alguno para los funcionarios que las reunan de permanecer en la Administración mientras, por la entidad competente, se les liquida y paga su pensión.

“Como se puede observar el reglamento (Decreto 1848) al conceder al funcionario con derecho a pensión un plazo mínimo de seis meses o indefinido hasta tanto la entidad correspondiente no expida las providencias de rigor, está excediendo la Ley que en ningún momento consagró tal derecho en cabeza de los empleados públicos.

“Ciertamente, a primera vista, en forma ostensible, manifiesta, sin necesidad de disquisiciones o argumentaciones en busca de una conclusión, aparece que la norma reglamentaria acusada, ha fijado una condición no prevista en la norma que se reglamenta, como es la de aplazar el retiro del funcionario hasta tanto se decrete el reconocimiento de la pensión jubilatoria. Esto no podía hacerse, obviamente, sino en el Decreto-Ley que se reglamenta, pero no en una simple norma reglamentaria.

“Entiende la Sala que la disposición que se acusa es beneficiosa para los empleados públicos, pero no por ello y ha de dejarse vigente en sus efectos.

“Lo dicho se refiere al inciso tercero del Artículo 86 y no al 2o. que también está acusado. Este dispone “Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones.” En nada contradice lo transcrito, la norma que se reglamenta. En cambio el inciso 3o. si está excediendo en forma clara la disposición legal”.

Nuevamente la Sala ha examinado el caso en estudio y encuentra que los planteamientos que se dejan transcritos y que sirvieron para decretar la suspensión provisional, son jurídicamente exactos. Se ha incurrido en un exceso en la potestad reglamentaria y por ende se ha violado el numeral

3o. del Artículo 120 de la Constitución Nacional y las normas que se reglamentaron y que fueron citadas como infringidas.

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:

Decrétase la nulidad del inciso 3o. del Artículo 86 del Decreto 1848 de 1969.

No se accede a decretar la nulidad del inciso 2o. del mismo Artículo.

Cópiese y notifíquese.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 31 de mayo de 1974.

Nemesio Camacho Rodríguez

Eduardo Aguilar Vélez

Alvaro Orejuela Gómez

Rafael Tafur Herrán

Susana M. de Echeverri
Secretaria

DECRETOS REGLAMENTARIOS

INTERPRETACION DE LA LEY. Al ejercitar el Gobierno la potestad reglamentaria debe interpretar la Ley que reglamenta, porque determinar los caminos para su cumplida ejecución es tanto como explicar o determinar su sentido y principalmente los textos faltos de claridad.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.

*Bogotá, D.E. doce de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

*Ref.: Expediente No. 2620
Actor: Luis Fernando Lloreda*

El gobierno expidió el siguiente Decreto que aparece publicado en el Diario Oficial No. 33.558:

“DECRETO NUMERO 360 DE 1972 (marzo 10) por el cual se reglamentan los Decretos números 3288 de 1963 y 1595 de 1966.

“El Presidente de la República de Colombia en uso de sus facultades constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO:

“Que han surgido confusiones al aplicar el Artículo 6o. del Decreto-Ley 3288 de 1963, por cuanto no se precisó el alcance de la palabra ‘similares’ que aparece varias veces en él, y que por lo tanto es preciso interpretar esa norma;

“Que los gravámenes aplicables a los diversos grupos de objetos contemplados en el Decreto 3288 de 1963 y los Decretos complementarios fueron calculados atendiendo al efecto económico de su consumo o importación, y que no es técnico asimilar, dentro de esa clasificación, los bienes que tienen ante todo carácter suntuario, o de uso doméstico, a los que no pueden destinarse sino a procesos industriales,

DECRETA:

“Artículo 1o. Son ‘similares’ a las brilladoras, aspiradoras, secadoras y planchadoras contempladas en el segundo grupo del Artículo 6o. del Decreto 3288 de 1963, los objetos de uso doméstico que sirvan para fines parecidos a los de aquellos; pero no las maquinarias o equipos que no puedan usarse normalmente sino en procesos industriales, aunque su denominación coincida con la mencionada allí; estas máquinas o equipos deben considerarse incluidas entre el grupo de ‘las demás’, previstas en este Decreto, con gravámenes del 4% *ad valorem*.

“Artículo 2o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su promulgación.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 10 de marzo de 1972. Misael Pastrana Borrero. Hugo Palacio Mejía, Ministro de Hacienda y Crédito Público, encargado”.

El abogado Luis Fernando Lloreda solicitó del Consejo de Estado declare nulo el anterior Decreto por estimarlo violatorio de los Artículos 76, numeral 1o., 120, numeral 3o. y 43 de la Constitución Nacional, 25 del Código Civil y 6o del Decreto Legislativo número 3288 de 1963. El concepto de violación lo expone así

“En los considerandos del Decreto acusado se dice claramente que por haber ‘surgido confusiones al aplicar el Artículo 6o. del Decreto-Ley 3288 de 1963. . . es preciso *interpretar* esta norma’, y a conti-

nuación se procede a hacer esta interpretación estableciendo que 'son similares a las brilladoras, aspiradoras, secadoras y planchadoras. . . los objetos de uso doméstico que sirvan para fines parecidos a los de aquellos; pero no las maquinarias o equipos que no puedan usarse normalmente sino en procesos industriales aunque su denominación coincida con la mencionada allí (se refiere esta norma el Artículo 6o. del Decreto 3288 de 1963); estas máquinas o equipos deben considerarse incluídos entre el grupo de 'las demás', previstas en ese Decreto, con gravamen del 4% *ad-valorem*'.

"El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra *interpretar* como 'explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad', que fue precisamente lo que trató de hacer el gobierno con el Decreto 360 de 1972.

"Por otra parte, la anterior interpretación es general, en cuanto que se hizo para producir efectos '*erga omnes*' y por lo tanto al haberla efectuado el gobierno violó el ordinal primero del Artículo 76 de la Constitución, así como el Artículo 25 del Código Civil, los cuales atribuyen esta facultad al legislador, es decir, al Congreso.

"Que no se vaya a argüir que en el presente caso sí era dable hacer la mencionada interpretación, por cuanto que la norma que se interpretaba (Decreto-Ley 3288 de 1963) no era una Ley en sentido formal y material, sino tan sólo un Decreto Extraordinario. Lo anterior no pasaría de ser un argumento espacioso, ya que en varias oportunidades ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y esa Corporación que los Decretos extraordinarios, es decir, aquellos que se dictan por el Gobierno en desarrollo de facultades conferidas por el Congreso, constituyen Leyes en sentido material.

"En el presente caso el Decreto 3288 de 1963, cuyo Artículo 5o. interpretó el Decreto 360 de 1972, es un Decreto Extraordinario que tiene fuerza de Ley, y por lo tanto la interpretación del mismo ha debido ser hecha por el Congreso, máxime teniendo en cuenta que en la parte motiva del Decreto acusado se dice que 'han surgido confusiones al aplicar el Artículo 6o. del Decreto-Ley 3288 de 1963', lo cual equivale a decir que lo que se pretendía con el Decreto hoy impugnado era 'fijar el sentido de una Ley oscura', como reza el Artículo 25 del Código Civil, actividad ésta reservada, por expreso mandato constitucional al Congreso.

"Por otra parte, el Decreto 360 de 1972 viola el numeral tercero del Artículo 120 de la Constitución, en cuanto que excede la potestad reglamentaria conferida por la propia Constitución al gobierno

para la cumplida ejecución de las Leyes. Reglamentar consiste en expedir las normas que permitan la correcta ejecución y aplicación de las Leyes, pero no se extiende esta facultad a la interpretación de las mismas.

“La violación de la norma reglamentada va aún más allá, ya que el Decreto 360 de 1972 hizo una discriminación, entre los aparatos electrodomésticos y los que no lo son, discriminación que no contempla el Artículo 6o. del Decreto 3288 de 1963. En efecto, el Decreto 360 de 1972 establece que las ‘brilladoras, aspiradoras, secadoras y planchadoras’ para uso doméstico están gravadas con la tarifa del 25%, mientras que los mismos artículos cuando desempeñan labores industriales están gravados con la tarifa del 4%. Ahora bien, como el Decreto 3288 de 1963 no establecía esta distinción, mal podía hacerla el gobierno mediante Decreto Reglamentario puesto que se estaría excediendo el alcance de la norma superior. En otras palabras, el Decreto 360 de 1972 no se dictó para permitir la ejecución de la norma reglamentaria, sino para establecer una nueva norma en materia de impuesto sobre las ventas.

“Por último, cabe destacar que el Decreto 360 de 1972 al establecer, por vía de interpretación, las tarifas aplicables a las aspiradoras, brilladoras, secadoras y planchadoras según fueran éstas para usos domésticos o industriales, violó el Artículo 43 de la Constitución que establece que ‘en tiempo de paz solamente el Congreso . . . podrá imponer contribuciones’. Siendo esto así, no existe ninguna justificación legal para que el gobierno, a través de la potestad reglamentaria, se arrogara facultades que expresamente corresponden al legislador”.

El consejero sustanciador no accedió a suspender provisionalmente los efectos del acto acusado, pero suplicado el auto la Sala de Decisión lo revocó y accedió a la petición con el voto disidente del consejero doctor Lleras.

El doctor Héctor Raul Corchuelo solicitó se le tuviese como impugnador de la acción y del escrito en que así lo pide se toman los siguientes conceptos:

“No voy a entrar en el estudio de la Ley y del reglamento para ver si efectivamente el Decreto 360 se extralimitó al entrar a hacer distinciones que la Ley no hace. Si cuando el Decreto 3288 de 1966 habla de Brilladoras, aspiradoras y secadoras se refería a las de todo tipo y condición o nó. Si cuando el mismo Decreto al hablar de máquinas planchadoras se refería a elementos distintos de las simples planchas de uso doméstico y por esto no habló de planchas sino de

planchadoras, que dentro del lenguaje usual de la actualidad se refiere a maquinaria un tanto distinta de la simple plancha doméstica. La demanda, vista desde este ángulo, ni la coadyuvo ni me opongo a ella.

“Desde el punto de vista jurídico y más que jurídico, porque rebasa este campo, desde el punto de vista del hombre en su calidad de ser consciente, la materia más relevante es la de la interpretación, y su relación, cuando se trata de las normas jurídicas, con el poder reglamentario del gobierno.

“Existe la tendencia de, cuando de instituciones se trata, pensar que éstas tienen existencia separada, distinta, de los hombres que las forman. Así, cuando se habla del Ejecutivo, el Gobierno o la Administración, se cree que éste es un ente no formado sustancialmente por personas, cuando, de ninguna manera exista allí dicotomía. Puede hablarse en algunos aspectos haciendo esta abstracción, como sería el caso de las simples relaciones comerciales de una Sociedad Limitada con el Departamento de Cundinamarca, por ejemplo. Pero cuando se trata del conocimiento, de la interpretación, allí aparece el hombre como ser ontológico de conocimiento y voluntad libre, pues ella, la interpretación, no es una cualidad de la institución sino la misma naturaleza del animal racional. Pensar, interpretar, raciocinar, entender, es lo mismo, y pensar es ser como hombre.

“La conciencia es el rasgo más evidente que separa la vida sensitiva de la vegetativa. Santo Tomás dice que es la aplicación del conocimiento a algo; cuando se la considera como acto, en su aspecto psicológico, es lo que denominamos ser consciente (ser, verbo, no sustantivo), que corresponde a la idea moderna de Vivencia.

“Siendo un acto, es atribuible a una potencia o a un grupo de potencias; siempre, la manifestación de un cierto tipo de conocimiento que proviene de un determinado poder cognoscitivo. Ella implica un sujeto que conoce y un objeto conocido; pero también conlleva la idea de una forma determinada de conocimiento el cual está unido al del ser, ya que es de nuestros sentimientos, percepciones, imágenes, pensamientos, pasiones, etc., de lo que no percatamos. Cuando estoy consciente es siempre de algo especial que me está sucediendo a mí, y no puedo ser consciente de lo que sucede a otro.

“Existe, claro está, una conciencia puramente sensitiva y común al hombre y a los animales y otra intelectual, propia sólo del hombre. Mientras la vida consciente del animal es puramente sensitiva, la del hombre es a la vez sensitiva e intelectual.

“Y la conciencia es algo vital; las cosas son colocadas dentro de la esfera de la actividad de las potencias cognoscitivas y transformadas en objeto del conocimiento, dándoles una nueva forma de existencia que no poseen por derecho propio. La conciencia recibe lo que le da el mundo y reacciona.

“Por otra parte, la conciencia es la experiencia de una persona solamente y tiende a asumir la unidad del sujeto al cual pertenece. Este hecho es de la mayor importancia porque siempre se corre el riesgo de deformar la experiencia viva, al entrar a analizarla. Debemos verla en su unidad y totalidad.

“Llevados estos conceptos al campo del Derecho, podríamos imaginar a un hombre, cualquiera que sea su papel en el teatro de la vida, legislador, gobernante, juez, litigante, simple ciudadano, a quien se le presentara un precepto legal y se quedara en la simple percepción sensorial del mismo? Se necesitaría estar dentro de alguno de los casos de incapacidad absoluta. No estándolo, el hombre en forma inmediata entra a conocerla, a ‘pensarla’, a interpretarla, a entenderla. Cosa distinta, que a través de su inteligencia llegue a un concepto errado de lo conocido; a una indebida interpretación.

“Lógicamente, como el Derecho primordialmente busca la certeza jurídica, la seguridad en las relaciones humanas, debe poner un orden en la interpretación de la Ley en cuanto a la autoridad que deben tener las distintas interpretaciones de un texto legal.

“Es así como la interpretación *con autoridad* sólo corresponde al legislador. (C. N. y C. C.). ¿Por qué? Seguramente la Ley presume que nadie más que el legislador puede conocer mejor el sentido de una norma que él mismo dictó en forma oscura.

“Se trata de una interpretación calificada; es la de mayor valor legal. Pero no la única.

“La Corte, en ejercicio de la potestad que tiene para guardar la integridad de la Constitución, interpreta ésta, interpreta la Ley demandada y si encuentra contradicción entre las dos declara la inexecutable la Ley, aún en el caso de ser ésta interpretativa. Y si éste es el caso, es elemental que por sobre la interpretación del legislador persiste la de la Corte.

“El Juez, al aplicar la norma en casos concretos, necesariamente al conocerla la interpreta: si ésta es clara, diáfana, no requerirá de mayor esfuerzo mental para conocer su sentido. Si es oscura, deberá

desentrañar su sentido: ¿Cuál? . Aquél que sus capacidades le permitan conocer.

“El funcionario administrativo al ‘ejecutar’ la Ley no debe previamente conocerla? . Y conocerla no es interpretarla? . La conoce, la interpreta, la entiende, la ‘piensa’, la digiere intelectualmente si se nos permite usar este término, y luego la ejecuta a través de actos generales o subjetivos. Si en éstos, necesariamente ejecutará la Ley a través de su reglamento, mientras éste se encuentra vigente, al tenor de la Ley 167 de 1941, especialmente su Artículo 70 y la doctrina que sobre el respecto existe. Haciendo una anotación al margen ésta es la diferencia entre el acto del juez y el acto del funcionario de la administración. Mientras el Juez puede apartarse de la norma de menor jerarquía, el funcionario debe cumplirla con la especialísima excepción de la flagrante violación constitucional. Aparte esto, ¿cuál la diferencia estructural entre la Resolución que falla una reclamación y la sentencia que resuelve un proceso? . Es elemental que no es del caso hablar de sus diferencias en sus consecuencias, o por razón del órgano que las produce. El Contencioso cuando resuelve una demanda de nulidad favorablemente, no hace otra cosa que interpretar la Ley, interpretar el acto administrativo y al encontrar que éste no concuerda con aquélla, declararlo nulo. Es decir, manifestar que el gobierno se equivocó—en la apreciación, conocimiento, interpretación que hizo de la Ley y que por lo tanto el acto administrativo constituye una errada “ejecución” de la misma.

“Y qué sucede cuando el gobierno en uso de facultades extraordinarias dicta un determinado estatuto, el cual es considerado inconstitucional por el Consejo de Estado, pero es declarado exequible por la Corte? . En aras del orden, de la certeza jurídica de que ya se habló, prevalece la interpretación que hizo el gobierno de las facultades a él concedidas, ratificada tal interpretación por el Tribunal, a quien le compete la declaratoria de exequibilidad por vía general, decayendo la doctrina dada por la vía de excepción.

“Como se puede ver, interpretaciones hay muchas, todas con su correspondiente valor ante las disposiciones legales y por ende, debidamente jerarquizadas.

“De allí, a sostener como lo hace el demandante, que únicamente puede interpretar la Ley el legislador, sería afirmar que todos aquellos individuos no pertenecientes a tales corporaciones no pueden conocer la Ley, entenderla. Podría pensarse que nuestra Constitución, cuyos antecedentes se encuentran en la americana y la francesa, nuestro Código Civil, descendiente del francés, que a su vez es producto de la

Revolución Francesa institucionalizada, cuya deidad fue la Razón. que don Andrés Bello, que antes que hacedor de incisos fue humanista, prohíben a la humanidad pensar? Con la única excepción del hombre legislador. Que la persona cuando adquiere la condición de funcionario de la administración sufre una *capitis diminutio* total? Quisiera saber cómo puede una persona ejecutar un mandato sin previamente conocerlo o lo que es lo mismo, interpretarlo.

“El demandante llega prácticamente a esta conclusión: A los gobernantes y gobernados les está prohibido pensar. Sólo piensa el legislador.

“En otro momento, el Consejo dice: ‘Es claro, y lo ha dicho hasta el cansancio el Consejo de Estado que el gobierno, so pretexto de ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede ampliar ni restringir el sentido de la Ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la misma porque ello no sería reglamentar sino legislar’. Exacto. Lo no permitido es una interpretación errónea. Lo indispensable, lo necesario, es una interpretación acertada, para una ejecución acorde con la norma reglamentada.

“En la misma sentencia el Consejo agrega: ‘Pero es evidente que en la tarea reglamentaria el gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la Ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella: es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la Ley sustantiva, teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. . .’.

“¿Cómo saber lo implícito de la norma reglamentada? . ¿Cómo desentrañar su contenido implícito, su finalidad específica? ¿Por intención? . Nó. Por conocimiento de la Ley, es decir, a través de su interpretación, que repito, deberá ser correcta, para evitar la ‘ejecución’ ilegal de la norma. ¿Cómo saber que no se está rebasando ni la letra, ni el espíritu de la Ley al reglamentarla? Necesariamente interpretándola.

“Por lo tanto, señores Magistrados, el suscrito Héctor Raúl Corchuelo Navarrete, mayor de edad, vecino de este municipio, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado titulado e inscrito, obrando en mi propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada

por el Artículo 89 del Código Contencioso Administrativo, atentamente solicito se me reconozca como parte en el proceso de la referencia y manifiesto que:

“1. No es cierto que al Gobierno Nacional y en general los funcionarios de la Administración no puedan interpretar la Ley: y en concreto, que el Gobierno no pueda hacerlo para reglamentarla, pues la interpretación es su presupuesto esencial.

“2. Me opongo a las peticiones de la demanda en cuanto éstas tengan como causa la pretendida imposibilidad de la Administración para interpretar la Ley.

“3. No me opongo ni coadyuvo la demanda en cuanto a su fundamentación en una extralimitación del ejecutivo en la reglamentación de la Ley”.

El Fiscal de la Corporación doctor Solanilla Nieto, conceptúa:

“En sentir de la Fiscalía, el demandante no tiene la razón y la nulidad impetrada por él debe denegarse.

“La labor de interpretar las Leyes incumbe por igual al Congreso, al Gobierno, a los profesionales del derecho y a los jueces, como lo ha sostenido sabiamente el consejero Lleras Pizarro, en su salvamento de voto, como que el Artículo 76 de la Constitución Nacional no es, ni puede ser excluyente.

“Si el Congreso es el llamado primordialmente, a interpretar las Leyes, es por ser o haber sido su autor y, con esa calidad, ser en primer término quien conoce su verdadero entendimiento.

“Pero, si ha sido el Gobierno quien dictó la norma de cuya interpretación se trata, por la razón antes expuesta, es él quien, antes que nadie, conoce su alcance y debe determinarlo. Sólo él, por ser su autor, puede y debe hacerlo, sin perjuicio, desde luego, de que también lo haga el Congreso.

“Por esto, en sentir de la Fiscalía, el contenido exacto del Artículo 76 de la Constitución Nacional está expresado en el Artículo 25 del Código Civil, citado por el actor, al tenor del cual la interpretación con autoridad, “*de una manera general*” corresponde al legislador.

“Esto significa que hay casos de excepción en que dicha interpretación no la hace el Congreso.

“De donde se sigue, que el demandante no tiene la razón y que la nulidad deprecada debe denegarse”.

Cumplido el trámite propio del juicio ordinario procede la Sala a resolver la cuestión planteada, previas las siguientes consideraciones:

Entre los deberes que la Constitución impone al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa está la de velar por el exacto cumplimiento de las Leyes, para lo cual el mismo estatuto le concede la facultad de expedir las órdenes, decretos y resoluciones *necesarios* a tal fin (Artículo 120, numerales 2o. y 3o.).

Es la llamada potestad reglamentaria cuyo objeto es desenvolver las reglas generales de la Ley, explicar las consecuencias de los principios que ella contiene, determinando la manera de cumplirla, según las diversas circunstancias que puedan presentarse. “Concedor constante de las necesidades administrativas y de los medios prácticos de acción - dice don José María Samper en su autorizado comentario científico a la Constitución de 1886— el Presidente es quien puede mejor reglamentar la parte mecánica de la ejecución de las Leyes, con sujeción a las reglas orgánicas o substanciales que éstas contienen”.

Obviamente al ejercitar el gobierno esta facultad debe interpretar la Ley que reglamenta porque determinar los caminos para su cumplida ejecución es tanto como explicar o determinar su sentido y principalmente los textos faltos de claridad. Otra cosa es que el gobierno no pueda sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos constitucionales o legales, ni ampliar, restringir o modificar la Ley para cuya aplicación se dicta el reglamento. “Todo aquello que está contenido en la Ley puede desenvolverlo de manera pormenorizada y comprensiva el decreto reglamentario, pero nada más que eso, porque la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios ‘para la cumplida ejecución de las Leyes’, viene diciendo el Consejo de Estado desde el 31 de enero de 1939. (Anales número 175).

Esta Sala del Consejo de Estado tuvo oportunidad de hacer recientemente un estudio detenido y prolijo de la potestad reglamentaria con ponencia del consejero doctor Miguel Lleras, y a ese fallo corresponden los siguientes conceptos que tienen aplicación en el caso que ahora ocupa la atención de la Corporación:

“PRINCIPIO DOMINANTE Es el llamado ‘cláusula general de competencia’ contenida en el Artículo 76 de la Constitución según el cual salvo excepción expresa de aplicación restrictiva al Congreso corresponde por medio de Leyes regular todo lo relativo a la libertad

a la propiedad y a la atribución de competencias, con obvia subordinación a los mandatos constitucionales, lo que significa que el poder reglamentario como facultad propia de la administración de los servicios públicos está siempre subordinado a la Ley y por ella limitado. En otras palabras, el reglamento nunca puede ser sustitutivo de la Ley aunque en algunos casos pueda ser supletorio. Esta clara situación se deriva de la garantía constitucional de la separación de las ramas del poder público sin la cual el Estado de Derecho que también se denomina como imperio de la Ley sería imposible de concebir y, sin él, naufragaría la libertad individual.

“El reglamento es, como lo ha reiterado la jurisprudencia, el instrumento natural de la administración para que los servicios públicos funcionen, para que la Ley se cumpla pero no para que la sustituya: es su complemento indispensable pero sólo en la medida en que actualice la Ley y *la acomode a las necesidades de cada tiempo*.”

“LA MATERIA REGLAMENTABLE. a) Lo es en primer término y por definición constitucional la Ley, cualquiera que ella sea, incluidos los códigos. b) *Los Decretos con fuerza de Ley*, porque tienen igual jerarquía.

“Es prudente observar que los reglamentos que se dictan en materia económica, especialmente en desarrollo de las Leyes que autoricen la intervención del Estado para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral, intrínsecamente no tienen naturaleza diferente a la de los demás reglamentos. La regla general se mantiene: su ámbito depende de lo minucioso de la Ley, que cuando se expide con tal objeto suele ser poco detallado para que el gobierno tenga capacidad de adaptarla en todo momento a las condiciones e imprevisibles circunstancias del vaivén de los negocios.

“También cabe aclarar que es un imposible práctico distinguir el límite entre los reglamentos de ejecución y los de interpretación, doctrina que alguna vez se enunció para concluir que por el reglamento no puede interpretarse la Ley por ser ésta atribución exclusiva de los jueces. Si se admite la validez del reglamento directamente derivado de la Constitución es decir sin que medie Ley cuando no hay reserva para ella, ¿por qué no podrían reglamentarse todas las Leyes, incluidos los códigos, aunque la aplicación de algunos de éstos está encomendada más directamente a los jueces que al gobierno?. Si esta tesis fuera aceptable desaparecería la potestad reglamentaria porque es improbable que haya Ley alguna que escape al examen jurisdiccional”. (Sentencia de 24 de mayo de 1973).

Como se vio por la transcripción que se hizo de los principales apartes de la demanda, el actor hace especial énfasis contra el Decreto 360 de 1972 en el aspecto de que éste es interpretativo del Decreto-Ley número 3288 de 1963, por lo que el gobierno se atribuyó una facultad que es privativa del Congreso y excedió, por lo mismo, la potestad reglamentaria.

Interpretar una Ley es determinar el significado, alcance, sentido o valor de la Ley frente a las situaciones concretas a que dicha Ley debe aplicarse. “Por perfecta que sea una Ley necesita ser interpretada porque el legislador no puede prever todos los casos; no basta, pues, consignar una disposición en la Ley; es necesario fijar su sentido y el alcance de su aplicación”. (Champeau y Uribe, tratado de derecho civil colombiano).

El autorizado expositor Arturo Alessandri Rodríguez, siguiendo las enseñanzas de Roberto de Ruggiero, dice que mediante la interpretación se adapta la norma legal a la práctica, a la realidad. Por muy generales que sean los términos que emplea el legislador, nunca podrá abarcar la regulación de todas las situaciones que se presentan en la vida: “ésta es más ingeniosa que aquél y que el mejor de los juristas”.

Y agrega:

“No sólo se interpretan las normas oscuras o ambiguas, sino también las claras. La interpretación no presupone forzosamente una dificultad en la inteligencia de la Ley; se piensa que el texto legal claro no requiere el auxilio de aquella porque su sentido se penetra rápida y casi instantáneamente. Si la aplicación de la norma, por prístina que sea, implica una labor intelectual para resolver el caso particular y concreto con la fórmula general y abstracta dada por el legislador, resulta evidente que no es posible aplicar la norma sin su previa interpretación.

“La misma claridad es un concepto relativo: una Ley que por sí es clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una Ley que nunca dio lugar a dudas, puede tornarse dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones que produzcan incertidumbre en cuanto a si son regulables o no por la norma hasta entonces aplicada indiscutida invariablemente”.

El mismo autor recuerda el ejemplo que se viene poniendo desde los tiempos de Ihering sobre la relatividad del concepto de claridad. Supóngase que tres amigos, Pedro, Juan y Diego se pasean a orillas de un río. De repente, Pedro ve en la orilla opuesta asomar un objeto desde el subsuelo; se lo comunica a sus amigos; Juan, entonces, llama al perro de Diego y lo envía a buscar el objeto; el animal desentierra éste, lo trae entre los

dientes y se lo presenta a su amo, Diego. La cosa resulta ser una bolsa pequeña con monedas de oro; se trata de un *tesoro*. Conforme a la Ley, supongamos el tesoro corresponde al que primero lo descubre; el texto es claro; todos saben lo que significa *primero* y *descubrir*. Pero, en la hipótesis quien es el descubridor? . El que primero vio asomar el objeto? . El que lo hizo desenterrar? . O el que después de tomar la cosa presentada por el perro se percató de que realmente se estaba en presencia de un tesoro y no de un objeto perdido? .

El legislador colombiano distingue dos clases de interpretación: la legal o con autoridad que es la que hace el propio legislador por medio de una Ley para señalar el sentido en que debe entenderse (Artículos 76, numeral 1o., de la Constitución Nacional y 25 del Código Civil); y la judicial que es la que emana de las sentencias de los jueces y funcionarios públicos “en la aplicación de las Leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos”. (Artículo 26 del Código Civil).

Aplicadas las anteriores nociones el acto acusado bien claro resulta que el gobierno se mantuvo dentro de los límites de la potestad reglamentaria, pues en su concepto se hacía *necesario* para la cumplida ejecución del Decreto-Ley 3288 de 1963 fijar el alcance de lo que se debía entender por Artículos similares a las brilladoras, aspiradoras, secadoras y planchadoras contempladas en el segundo grupo del Artículo 6o. del referido Decreto-Ley; y de otra parte el Decreto se limita a desenvolver de manera pormenorizada y comprensiva el Decreto reglamentado, sin que lo amplíe, lo modifique o lo restrinja. De allí que no aparezca infringida ninguna de las normas superiores invocadas por el demandante.

En mérito de lo expuesto 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:

No se accede a declarar la nulidad del Decreto Reglamentario número 360 de 10 de marzo de 1972 expedido por el Gobierno Nacional. Se revoca la orden de suspensión provisional decretada en auto de 30 de noviembre de 1973 en este proceso. Envíese copia de esta sentencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Sáenz
(*Con Salvamento de voto*)

Miguel Lleras Pizarro
(*Con aclaración de Voto*)

Bernardo Ortíz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Bogotá, D.E., doce de junio
de mil novecientos setenta y cuatro

Ref.: Radicación 2620. Nulidad del Decreto 360 de 1972 del gobierno nacional.

Actor: Luis Fernando Lloreda.

Adiciones al voto de Miguel Lleras.

Estoy de acuerdo con el texto íntegro de la sentencia, de donde se concluye que no tengo por qué hacer adiciones. Sin embargo las hago como un modo de subrayar algunos conceptos que influyeron especialmente en mi voto.

Como lo advierten los considerandos del Decreto, la doctrina que inspira la regulación de la tarifa del impuesto sobre las ventas consiste en excluir del gravamen los bienes de consumo indispensable para todos los habitantes cualquiera que sea el nivel económico de cada uno. Por esto están libres los alimentos y las drogas (aunque los importados en conserva paguen). Luego la graduación depende de la "indispensabilidad" aunque la clasificación no siempre aplique estrictamente ese criterio que, como tal criterio, supone un juicio personal respecto del cual no se debe esperar acuerdo unánime. Así, en los considerandos del acto juzgado parece asimilarse lo suntuario con lo de uso doméstico, concepto que sin relación con otro sería absolutamente inexacto: los alimentos son de uso doméstico. Pero usado en relación con un determinado bien en particular, comparado por sus finalidades económicas, puede tener un sentido coherente con la doctrina. En este caso, las brilladoras y aspiradoras que se usan "entre-

casa” y las que tienen utilización industrial, la preferencia (supuesto que debe hacerla) estará por las últimas, al menos por un concepto, porque generan empleo.

En un proceso como el presente el juzgador se pregunta: ¿Quién puede recibir daño del acto que se acusa? Y aquí hay que responder: nadie. Antes del Decreto las brilladoras, las aspiradoras, las secadoras y las planchadoras pagarían tarifa uniforme para uso doméstico y para fin industrial. Ahora, se encarece la tarifa de las de uso doméstico porque se rebaje la correspondiente a las de fin industrial? La respuesta es no.

Estas preguntas y estas respuestas me resolvieron las dudas que al principio me asediaron acerca de si hubo o no exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Tales reflexiones me condujeron a concluir que la interpretación dada por el gobierno es legítima.

Miguel Lleras Pizarro

Salvamento de voto del Consejero Juan Hernández Sáenz.

Ref. Expediente No. 2620

Decir el sentido de la Ley sin que nadie pueda lícitamente apartarse de ese tenor, por ser la versión auténtica de sus alcances o de sus intenciones, sólo puede corresponderle hacerlo a quien dictó la norma, o sea al legislador, pues sólo él conoce de manera directa e inmediata cuáles fueron los móviles para expedirla, las situaciones que deseaba regular y la forma como quería que se desarrollaran las relaciones sociales, jurídicas o económicas que reglamentaba dentro de la comunidad de seres humanos cuyo régimen dictó ese legislador, ahora intérprete auténtico y fidedigno de sus propios preceptos.

Las demás aproximaciones al sentido de una Ley con el fin de reglamentarla o de inspirar en ella alguna decisión judicial no buscan ni pueden buscar cosa distinta de su recto entendimiento encaminado a obtener “la cumplida ejecución” de ella dentro de la vida práctica o a lograr su aplicación correcta en el caso concreto sometido a la decisión judicial.

Pero ninguna de estas dos formas de entender la Ley, la del gobierno y la de los jueces, puede imponerle por vía general su sentido a toda las gentes del país, porque el entendimiento gubernamental del precepto sólo puede tender a encontrar su contenido real, sus alcances y efectos para no

restringirlos o aumentarlos porque ello implicaría desbordamiento de la potestad reglamentaria y la interpretación jurisdiccional sólo puede buscar la decisión de un litigio mediante sentencia cuyos efectos, por regla general, sólo se producen entre quienes fueron partes en el proceso o sus causahabientes, pero en ningún evento un juez o un magistrado pueden pretender que su interpretación de la Ley en un fallo llegue a imponerse de manera general y obligatoria como único entendimiento ortodoxo y válido de esa Ley.

Si el reglamento o la sentencia intentan dar el sentido único, general y auténtico de una norma, rebasan su ámbito propio e invaden, aún a pretexto de la colaboración armónica prevista por la Constitución, la órbita propia de una rama distinta del poder público, la legislativa, a quien le compete institucionalmente dar aquella interpretación (Artículo 76. Ordinal 1o., Constitución; 25 Código Civil).

Caso típico del propósito de interpretar la Ley con alcance general por vía de mero reglamento es el Decreto Reglamentario 360 de 1972, impugnado en este juicio, y que dice así:

“Decreto Número 360 de 1972. (marzo 10) por el cual se reglamentan los Decretos números 3288 de 1963 y 1595 de 1966.

“El Presidente de la República de Colombia en uso de sus facultades constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO:

“Que han surgido confusiones al aplicar el Artículo 6o. del Decreto-Ley 3288 de 1963, por cuanto no se precisó el alcance de la palabra “similares” que aparece varias veces en él, y que por lo tanto es preciso interpretar esa norma;

“Que los gravámenes aplicables a los diversos grupos de objetos contemplados en el Decreto 3288 de 1963 y los Decretos complementarios fueron calculados atendiendo al efecto económico de su consumo o importación, y que no es técnico asimilar, dentro de esa clasificación, los bienes que tienen ante todo carácter suntuario, o de uso doméstico, a los que no pueden destinarse sino a procesos industriales.

DECRETA:

“Artículo 1o. Son “similares” a las brilladoras, aspiradoras, secadoras y planchadoras contempladas en el segundo grupo del Artículo

6o. del Decreto 3288 de 1963, los objetos de uso doméstico que sirvan para fines parecidos a los de aquéllos; pero no las maquinarias o equipos que no puedan usarse normalmente sino en procesos industriales, aunque su denominación coincida con la mencionada allí; estas máquinas o equipos deben considerarse entre el grupo de "las demás", previstas en ese Decreto, con gravámenes del 4% *ad valorem*.

"Artículo 2o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su promulgación."

La lectura del texto transcrito convence por si sola de su inconstitucionalidad o ilegalidad evidentes, conforme a los razonamientos que se hicieron al principio.

Pero esa misma lectura deja además en evidencia que el acto acusado rebasa también los alcances propios de la potestad reglamentaria:

En efecto, los pasajes pertinentes del Artículo 6o. del Decreto-Ley 3288 de 1963, cuya reglamentación intentó hacer el Decreto 360, impugnado, dicen así:

"Artículo 6o. El impuesto de que trata el presente Decreto se hará efectivo de acuerdo con las siguientes tarifas:

"8% para los siguientes artículos:

"Brilladoras, aspiradoras, secadores, planchadoras y artículos similares:

3% para las ventas de los demás productos no enumerados expresamente en el presente Artículo, con excepción de la gasolina cuyo gravamen se establecerá por medio de Decreto especial".

El simple tenor literal del precepto reglamentado transcrito en lo necesario deja patente que la intención del legislador fue gravar con impuesto sobre las ventas a la tasa del 8% las brilladoras, aspiradoras, secadoras, planchadoras y artefactos similares, fuese cual fuera la utilización que quisiera darles su comprador (labores hogareñas o trabajos industriales) y deja también patente que la intención del legislador al establecer la tarifa del 3% fue gravar con ella a todas las mercancías no exoneradas de pagar aquel tributo por el Artículo 1o. del Decreto 3288 y no gravadas de manera expresa y específica con tarifa distinta por el mismo Artículo 6o. de tal Decreto.

Es decir, que de ninguna manera aquel tenor clarísimo del Artículo 6o. permitía entender que algunas "brilladoras, aspiradoras, secadoras, plancha-

doras y artículos similares”, gravados específicamente con el 8% por aquel precepto, pudiesen tributar a la tasa genérica del 3% en consideración al destino que fuera a dárselos o a cualquier otro motivo.

Y como el reglamento impugnado le dió un alcance diferente al aludido Artículo 6o., según quedo visto, procedía también por este aspecto la declaración de nulidad impetrada contra él.

Al denegar el fallo dictado en este juicio aquella declaración de nulidad por razones que yo no comparto, dejo así explicados los motivos jurídicos de mi disentimiento.

Fecha ut supra.

Juan Hernández Sáenz

Hernando Franco Rojas
Secretario



DECRETOS DEL GOBIERNO

RAMAS DEL PODER PUBLICO. Y su colaboración armónica. Desarrollo del principio de la separación armónica entre las Ramas Legislativas y Ejecutivas. Los Reglamentos autónomos no tienen fuerza de Ley.

LA LEY Y LA CREACION DE PERSONAS JURIDICAS.

ORDEN PUBLICO ECONOMICO. Noción.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA. Intervención extensiva e intervención permisiva.

REGLAMENTOS AUTONOMOS – JERARQUIA NORMATIVA Y FUNCION LEGISLATIVA.

CESANTIA Y AHORRO. Régimen jurídico de la cesantía en relación con el ordinal 14 del Artículo 120 de la C.N.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Sesión del día 14 de junio de mil novecientos setenta y cuatro

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo

*Bogotá, D.E. catorce de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Juicios acumulados Nos. 1932, 1939, 1940, 1942 y 1958.

Se deciden los juicios acumulados Nos. 1932, 1939, 1940, 1942 y 1958 por los cuales se pide que se declare la nulidad total o parcial del Decreto No. 98 de 1973 y la de algunas disposiciones del Decreto No. 265 del año indicado.

Los cargos de las demandas. Los cargos, en síntesis según cada uno de los juicios acumulados, son los siguientes:

1. *Juicio No. 1932.* Propuesto por el doctor James W. F. Raisbeck, el juicio tiene por objeto que se declare la nulidad del Decreto No. 98 de 1973, por violación del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, conforme a los siguientes motivos:

1. Según el principio constitucional de la separación de funciones entre las ramas del poder público, el Congreso tiene la atribución genérica de expedir las Leyes, de la cual la del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución es una excepción que debe interpretarse restrictivamente, según su tenor literal, como prescribe el Artículo 27 del Código Civil, en el sentido de que permite al Presidente “intervenir para regular las actividades del Banco de la República y a las personas *que tengan por objeto* (el actor subraya) ... el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”; tales entidades son, “básicamente, los bancos, las sociedades de capitalización, las corporaciones financieras y las denominadas corporaciones de ahorro y vivienda”.

2. La sentencia de la Corte de 18 de agosto de 1972 declaró inexecutable los Artículos 2o. y 3o. de la Ley 33 de 1971 por considerar que, por referirse a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, que “es sin lugar a la más mínima duda una persona *que tiene por objeto* (el actor subraya) el manejo, el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro privado”, según el Ordinal 4 del Artículo 120 de la Constitución, no podían dictarse por el Congreso sino por el Gobierno; pero de esta decisión no se deduce, como se pretende, la constitucionalidad del Decreto No. 98 de 1973.

3. El sentido expuesto del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución se demuestra “irrefutablemente” por el Ordinal 15 *ibídem*, que faculta al Gobierno para “ejercer a inspección necesaria sobre *los demás establecimientos de crédito*” (el actor subraya) y las sociedades mercantiles, conforme a las Leyes”, porque la expresión “los demás estable-

cimientos de crédito” significa que “el numeral anterior se está refiriendo exclusivamente a *establecimientos de crédito*” (el actor subraya); de lo contrario no existiría “la debida correspondencia y armonía” que indudablemente hay entre los dos numerales, a saber: “En los establecimientos de crédito *que tienen por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro privado* (v. gr. bancos, sociedades de capitalización) el Presidente está facultado para ejercer la intervención necesaria (numeral 14, Artículo 120); y en *los demás establecimientos de crédito* (V. gr. el IFI), el Presidente está facultado para ejercer *la inspección necesaria*” (el actor subraya).

4. Por consiguiente, el Decreto No. 98 de 1973, sólo debió referirse a “las actividades de personas *que tengan por objeto* el manejo, aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro privado”, violó el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución porque “*afecta a toda persona del sector privado que ocupe cinco o más trabajadores, sea cual fuere su objeto*”, no obstante que este término denota “*el fin o intento a que se dirige o encamina una cosa*”. (el actor subraya).

2. *Juicio No. 1939*. Fue promovido por el doctor Cayetano Betancur, para que se declare la nulidad de los Artículos 1o., 2o., 3o., 4o., letra a), 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., letra a), 10, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, “en cuanto crea títulos ejecutivos”, 37 y 42, “en cuanto crean sanciones al empleador por no entregar las cesantías al Fondo”, 43 y 44 y parágrafo del Artículo 46, “en cuanto dicta normas de orden tributario”, del Decreto No. 98 de 1973.

El actor afirma que las normas acusadas son violatorias, en suma, de las siguientes disposiciones:

1. Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, porque el Decreto No. 98 de 1973 interviene “las cesantías de los trabajadores considerándolas como ahorro privado sin serlo”, ya que ellas no se causan, como prescriben los Artículos 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo, sino a la terminación del contrato de trabajo, con la circunstancia de que, según el Artículo 250 *ibídem*, “el derecho al auxilio de cesantía” puede perderse por cualquiera de las causales ahí mismo señaladas. Por consiguiente, si por ahorro se entiende “un capital que se margina de las sumas destinadas a gastos”, el Decreto No. 98 de 1973 es inconstitucional.

Los Artículos 5o., 6o., y 43 del Decreto No. 098 de 1973 disponen el traslado de las cesantías a los Fondos Regionales de Capitalización y sancionan su incumplimiento, sin que existan ni hayan existido normas anteriores que obliguen “a constituir una reserva para cubrir las cesantías de los trabajadores”; en consecuencia, los indicados preceptos violan tam-

bién el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución porque ejercen “una intervención sobre una relación contractual de crédito nacida del contrato de trabajo” que no fué prevista en el precepto invocado.

El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución autoriza al Presidente para intervenir “las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”, pero esto no implica “la prohibición de las actividades mismas, con el desplazamiento de ellas del sector privado en donde existen a los pretendidos fondos regionales de capitalización social”, de donde se concluye que, aun aceptando que las cesantías son ahorro, los Artículos 1o., 5o. y 3o. del Decreto No. 98 de 1973 violan el citado precepto de la Constitución por haber excedido su alcance.

El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución faculta al Presidente para intervenir “en las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”, pero el Decreto No. 98 de 1973 “incurre en desviación de poder “al considerar que todos los patronos que deban o puedan deber auxilios de cesantías son ya por eso *personas cuyo objeto* (el demandante subraya) es el manejo o aprovechamiento e inversión del ahorro privado”, no obstante que “manejar ahorros ajenos no es lo mismo que tener por objeto de sus actividades el ahorro privado” y que, según la historia fidedigna del texto constitucional, expuesta por el doctor Toro Agudelo en apartes que se transcriben, su finalidad consiste en intervenir la actividad de los empresarios que tengan por “objeto específico, propio, jurídicamente así constituido, de captar, manejar y aprovechar el ahorro privado”.

2. Artículos 12 de la Constitución y 635 del Código Civil, porque los Artículos 1o. y 8o. del Decreto No. 98 de 1973, al crear los Fondos Regionales de Capitalización social “*como personas de derecho privado*” (el demandante subraya), violaron los citados preceptos que disponen, en su orden, que el régimen de las personas jurídicas se determina por la Ley colombiana y que “las personas jurídicas creadas por el Estado son personas jurídicas de derecho público”.

3. Artículos 254, 255 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto el Artículo 7o. del Decreto No. 98 de 1973 obliga a los patronos o empleadores, desde mayo de 1973, a liquidar y consignar en el respectivo Fondo Regional de Capitalización Social “las cesantías parciales causadas a favor de sus trabajadores”, no obstante que las normas invocadas sólo especial y taxativamente permiten pagarlas a los trabajadores.

4. Artículos 76, Ordinales 1o. y 2o., y 120, Ordinal 14. de la Constitución, porque los Artículos 32, 33, 34, 35, 39, 40 y 41 del

Decreto No. 98 de 1973 adicionan y reforman el Código Sustantivo del Trabajo, a pesar de que, según las normas invocadas, corresponde al Congreso interpretar, reformar y derogar “las Leyes preexistentes y expedir los códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones”; del mismo modo, los Artículos 37 y 42 violan los Artículos 76, Ordinal 2o., y 120, Ordinal 14, de la Constitución, porque crean “sanciones económicas para el empleador”, distintas de las señaladas por el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de “pago oportuno de las prestaciones sociales, entre ellas el auxilio de cesantía”.

5. Artículos 76, Ordinal 2o. y 79 de la Constitución, porque los Artículos 43, 44 y parágrafo del Artículo 46 del Decreto No. 98 de 1973 establecen exenciones de impuestos y así modifican el Artículo 204, letra e), del Código Sustantivo del Trabajo.

6. Artículo 76, Ordinal 2o., y 120, Ordinal 14, de la Constitución, porque el Artículo 35 del Decreto No. 98 de 1973 “da el carácter de título ejecutivo a los comprobantes del respectivo Fondo Regional a que se refieren los Artículos 32 y 33 del mismo decreto, con lo cual la providencia mencionada adiciona el Código de Procedimiento Civil”, desconoce las funciones del Congreso y da “un alcance que no tiene” al Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución.

7. Artículos 32 y 76, Ordinal 4o., de la Constitución, porque el Decreto No. 98 de 1973, especialmente sus Artículos 1o. y 14, “corresponden evidentemente a un plan de desarrollo económico y social, el que está a cargo, no del Gobierno, sino de la Ley”, la cual permite al Estado intervenir, como prescribe el Artículo 32 de la Constitución, “en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, pero con el fin de lograr un desarrollo integral”, mientras que el Ordinal 14 del Artículo 120 *ibidem* tiene una finalidad específica y restringida.

8. Artículo 57 de la Constitución, porque el Decreto No. 98 de 1973, habida consideración de las materias que regulan los Artículos 35, 43, 44 y 46, no sólo debió ser firmado por los Ministros de Desarrollo Económico y de Trabajo, sino también por los de Hacienda y Justicia.

La corrección de la demanda. La demanda fué oportunamente corregida, para infirmar también el Decreto No. 265 del 23 de febrero de 1973, que aclara y modifica el Decreto No. 98 del mismo año, en síntesis, a saber:

1. El Artículo 7o. del Decreto No. 98 de 1973 que obliga a los patronos a hacer las liquidaciones y pagos parciales de la cesantía de los

trabajadores, violó y modificó los Artículos 250, y 256 del Código Sustantivo del Trabajo y desconoció la prohibición del Artículo 254 *ibídem*.

2. Los Artículos 1o. del Decreto No. 265 y 8o. del Decreto No. 98 de 1973 son violatorios de los Artículos 12 de la Constitución y 635, Inc. 2o., del Código Civil, porque crean los Fondos Regionales de Capitalización Social como personas de derecho privado no obstante que tales disposiciones disponen, en su orden, que el régimen de las personas jurídicas se determina por la Ley colombiana y que “las personas jurídicas creadas por el Estado son personas jurídicas de derecho público”.

3. El Parágrafo 2o. del Artículo 4o. del Decreto No. 265. que subrogó el Artículo 33 del Decreto No. 98 de 1973, en cuanto da al trabajador la opción de reclamar el pago de su cesantía al Fondo o directamente al patrono o empleador, violó el Artículo 1626 del Código Civil, “que define el pago como la prestación de lo que se debe”, porque obliga a éstos a pagar una deuda que ya fue satisfecha al consignar mensualmente en el Fondo las cesantías de sus trabajadores.

3. *Juicio No. 1940.* Fue propuesto por el doctor Juan Forero Navas para que se declare la nulidad de la totalidad del Decreto No. 98 de 1973, por violación, en resumen, de los Artículos 12 y 120, Ordinal 14, de la Constitución, por los siguientes motivos:

a) El Artículo 1o. del Decreto No. 98 de 1973 crea “los fondos Regionales de Capitalización Social como personas jurídicas de derecho privado”, no obstante que el Artículo 12 de la Constitución, que fue violado, dispone que “la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las asociaciones y demás personas jurídicas se determina por la Ley colombiana”; b) el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución facultó al Presidente para “ejercer, como atribución propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”. Esta disposición, no obstante su defectuosa redacción, no confiere al Presidente un poder arbitrario, sino sólo en la medida en que sea necesario en el Departamento de Emisión del Banco de la República y en las actividades de las personas naturales o jurídicas, según el tenor literal del precepto, “cuyo objeto sea el manejo del ahorro privado”, como “las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las Cajas de ahorro y hasta los prestamistas particulares que coloquen ahorros de los particulares y que tengan esa actividad”; a contrario *sensu*, el Presidente no tiene facultad de intervenir, con base en ese precepto, en las actividades de las personas jurídicas que tengan objeto diferente, “aunque el capital de trabajo provenga, a través de las Cajas de Ahorro o de los propios particulares, del ahorro privado, siempre y cuando

que esas actividades no tengan como fin único, como objeto el manejo del ahorro privado". Además, la cesantía ni económica ni jurídicamente es ahorro porque, mientras no sea percibida por el trabajador, "es un simple crédito a cargo de la empresa, particular o persona jurídica" y, por lo mismo, estas entidades no manejan ni aprovechan el ahorro de los trabajadores.

4. *Juicio No. 1942.* Este juicio, promovido mediante apoderado, por la Corporación Nacional de Transporte Urbano por Buses, tiene por objeto, según el memorial que corrigió íntegramente la demanda, que se declare la nulidad de los Artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 14, 18, 21, 22, 23, 35, 37, 42 y 46 del Decreto No. 98 del 22 de enero de 1973, 1o. y 3o. del Decreto No. 265 del mismo año, en suma, con base en las siguientes cargos:

a) Los Artículos 1o. del Decreto No. 265 y 2o. del Decreto No. 98 de 1973, que crearon los fondos Regionales de Capitalización Social, son violatorios, si se los considera como "entidades oficiales de derecho social", del Ordinal 10o. del Artículo 76 de la Constitución que atribuye tal facultad al Congreso; si como instituciones de derecho privado, como son en realidad, de los Artículos 12 y 44 de la Constitución que prescriben, en su orden, que la determinación de "las normas orgánicas de las sociedades, corporaciones, fondos y demás entidades de derecho privado" corresponde a la Ley y que el Estado garantiza la libertad de asociación, motivo por el cual "ni el propio legislador siquiera puede forzar la creación de sociedades, corporaciones o fondos privados..."; en consecuencia esos preceptos son violatorios, por el mismo motivo, de los Artículos 76 y 120, Ordinal 14, de la Constitución.

b) El Artículo 3o., y los Artículos 9, 10, 11, 14, 18, 22 y 23 del Decreto No. 098 de 1973, que lo desarrollan, son violatorios de los Artículos 32, 39 y 76, Ordinal 4o., de la Constitución, porque definen como objetivo de los fondos "captar recursos internos para promover la creación de nuevas actividades productivas e impulsar las existentes que determine el Gobierno Nacional de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social, con el fin de alcanzar un progreso nacional armónico, incrementar el empleo y aumentar la capacidad de la industria nacional para competir en los mercados internos", lo que es propio del plan de desarrollo económico y social, que aún no se ha expedido, y de la intervención económica del Estado, previstos en los invocados preceptos constitucionales.

c) Artículos 76, Ordinal 2o. y 120, Ordinal 14, de la Constitución, 249, 254 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, porque los Artículos 4o., 5o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973 señalan, entre los recursos de

los fondos regionales de capitalización social, las cesantías de los trabajadores particulares y porque obligan a los patronos o empleadores a liquidarlas parcial y mensualmente y a entregarlas al respectivo fondo regional, sólo obligan a pagarlas al vencimiento del contrato de trabajo y que sólo excepcionalmente autorizan su pago parcial: que se trata de una medida que, en cuanto implica la reforma de un Código, sólo podía adoptarse por Ley y que las cesantías, antes de su solución o pago, no pueden constituir ahorro de los trabajadores que manejan, como uno de sus objetivos específicos, los patronos o empleadores, para que hubiera podido aplicarse el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución.

d) Artículos 16, 30, 31, 34, 79 y 120, Ordinal 14, de la Constitución, porque, aún aceptando el concepto lato de que las cesantías son ahorros de los trabajadores, se trataría de propiedad privada garantizada por la Constitución, que no se podría intervenir, expropiar o regular sin mandato de la Ley. Por esto los Artículos 4o., 5o. y 7o., 9o. a 14 del Decreto NO. 98 de 1973 son violatorios de las normas citadas de la Constitución.

e) Los Artículos 18, 22 y 23 del Decreto No. 98 de 1973, que determinan o crean “modalidades sobre la organización y funcionamiento de las nuevas personas jurídicas de derecho privado”, invaden la competencia del legislador y son violatorios de los Artículos 12, 39, 76, Ordinal 2o., y 120, Ordinal 14, de la Constitución y de los Códigos Civil y de Comercio en cuanto atañen a sociedades.

f) Los Artículos 29, 37 y 42 del Decreto No. 98 de 1973, serían constitucionales si éste se hubiera dictado “dentro de las facultades y para los fines indicados en el narrado ordinal 14”, pero como no es así, “es inocultable la carencia de potestad del Gobierno para restringir, en unos casos, las utilidades de lo que no es ahorro sino inversión forzosa” y, en todos, para “fijar intereses o penas desmedidas”. Estas normas, por lo mismo, son también violatorias de los preceptos constitucionales indicados.

g) El párrafo 1o. del Artículo 32 del Decreto No. 98 de 1973, en cuanto hace indispensable la aprobación del fondo para que el patrono pague al trabajador, en el caso a que se refiere, el remanente de su cesantía, viola también las normas constitucionales indicadas y las ya mencionadas del Código Sustantivo del Trabajo.

h) El Artículo 35 del Decreto No. 98 de 1973 es violatorio del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, del Artículo 76, Ordinal 2o., de la Constitución, “porque sólo el legislador, mediante la reforma del citado código, puede determinar cuáles son los títulos ejecutivos”.

i) El Artículo 43 y el párrafo del Artículo 46 del Decreto No. 98 de 1973 violaron los Artículos 76, 79 y 120, Ordinal 14 de la Cons-

titución porque las exenciones tributarias sólo se pueden conceder mediante Ley.

j) La exposición de motivos demuestra “que se ha planteado un verdadero plan de desarrollo económico y social que, como quedó expuesto, es de la competencia del Congreso y conforme a procedimientos establecidos en los Artículos 76, 79 y 80 de la Constitución Nacional”.

5. *El juicio No. 1958.* Este juicio fue incoado por el doctor Julio Ortiz Márquez para que se declare la nulidad de los Artículos 1o., 4o., y parágrafo 2o., Inciso final, 6o. y 8o. del Decreto No. 265 de 1973, 4o., letra a), 5o., 6o., 7o., 9o., letra a), y 42 del Decreto No. 098 de 1973, por considerarlos violatorios, en síntesis, de las siguientes disposiciones:

1. El Artículo 1o. del Decreto No. 265 de 1973, que subrogó el Artículo 1o. del Decreto No. 98 de 1973, viola el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, en que se fundamenta, porque le da un alcance que no tiene, hasta llegar a considerar como ahorro a la cesantía, no obstante que aquél es “la parte del ingreso que no se consume” y ésta “salario diferido”, a la cual intervienen mediante organismos, no preexistentes, sino creados con tal finalidad; en consecuencia, viola también los Artículos 1494 y 1495 del Código Civil, 16 y 30 de la Constitución, porque obliga coercitivamente a las personas que pagan cesantías a aportar su valor a una persona jurídica de derecho privado, no creada por los patronos y trabajadores, sin fundamento legal.

2. El Artículo 4o del Decreto 265 de 1973 es violatorio del Ordinal 2o. del Artículo 120 de la Constitución, que prescribe al Presidente el deber de “promulgar las Leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento”, porque no solamente no vela por ellas sino que contradice el Artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo que señala como partes del contrato al patrono y al trabajador, al interferirlo por medio de los Fondos Regionales de Capitalización Social, con la consecuen- cial violación de los Artículos 1495 del Código Civil y 38 de la Ley 153 de 1887, 16 y 30 de la Constitución, que garantizan la intangibilidad del contrato de trabajo y el derecho del patrono a pagar la cesantía a su terminación por justa causa, que las autoridades están en el deber de garantizar.

3. El parágrafo 2o., inciso final, del Artículo 4o. del Decreto 265 de 1973 es ostensiblemente violatorio del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque, contrariamente a lo prescrito por esta disposición, que obliga al patrono a pagarle al trabajador una indemnización equivalente “al último salario por cada día de retardo” en el pago de sus salarios y prestaciones sociales con posterioridad al vencimiento del contrato, salvo

excepción legal o acuerdo de las partes, permite dejar de pagar las cesantías, reconociendo un interés del 3% mensual, “lo que es mejor para los fondos y peor para el trabajador”.

4. El Artículo 6o. del Decreto 265 de 1973 también viola manifiestamente el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque mientras éste obliga a pagar las cesantías en el lugar donde se prestaba el servicio, aquel permite hacerlo “a través de una sucursal o agencia de una institución bancaria o de ahorro cercana al lugar donde el trabajador presta sus servicios”.

5. El Artículo 8o. del Decreto 265 de 1973 es violatorio de los Artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal porque fijó la fecha desde la cual debe entrar en vigencia y anticipó la del Decreto No. 98 del mismo año sin observarlos, como correspondía, por tratarse de actos que materialmente son Leyes. La anticipación de la fecha de vigencia del Decreto No. 98 de 1973 también implica violación del Artículo 30 de la Constitución, “porque de la fecha de la vigencia de los decretos comienzan a adquirirse derechos por los particulares, que no pueden vulnerarse ni desconocerse por disposiciones posteriores”.

6. Los Artículos 4o., letra a), 5o. y 6o. del Decreto No. 98 de 1973 infringieron los Artículos 249 y 250 del Código Sustantivo del Trabajo porque, mientras estas normas prescriben que la cesantía debe pagarse a la terminación del contrato de trabajo si no existe ninguna causal de pérdida del derecho, aquéllos ordenan liquidarla y pagarla antes de su vencimiento, a pesar de que se trata de una obligación sujeta a condición suspensiva consagrada por el Artículo 1542 del Código Civil, que fue también infringida.

7. Los Artículos 7o. y 9o. de Decreto No. 98 de 1973 violan los Artículos 249, 250 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo porque mientras estos preceptos prohíben, salvo excepciones legales, el pago parcial de cesantías, las normas acusadas ordenan liquidarlas y pagarlas para constituir el capital de los fondos.

8. El Artículo 42 del Decreto No. 98 de 1973 viola los Artículos 1494 del Código Civil y 488 del Código de Procedimiento Civil porque deduce la obligación de pagar intereses de fuente distinta de los contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasidelitos, con infracción de los Artículos 2232 del Código Civil que fija los intereses legales, no en el 3% mensual, sino en el 6% anual, y con violación del Artículo 30 de la Constitución, porque el Artículo 8o. del Decreto No. 265 al anticipar la fecha de vigencia del Decreto No. 98 de 1973, “vulneró el derecho adquirido por todos los patronos que tienen más de cinco (5) trabajadores a computar su moratoria desde la fecha fijada por el Decreto No. 098”.

II *La parte coadyuvante.* El doctor Guillermo Gómez Téllez pidió que se le tenga como parte coadyuvante en el juicio No. 1932, y como tal fué reconocido por auto del 27 de agosto de 1973, con base, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) Según el claro tenor literal del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, al cual debe atenerse el intérprete de conformidad con las reglas de hermenéutica prescritas por los Artículos 27 y 28 del Código Civil, “se facultó al gobierno exclusivamente para intervenir en las actividades de aquellas personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”; se le dió, pues, “al gobierno una facultad limitada y clara”, como así la entendió la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de agosto de 1972.

b) Pero la cesantía de los trabajadores no constituye ahorro, tanto porque, según el Artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, confirmado por el Artículo 254 *ibídem*, la cesantía no se consume sino a la terminación del contrato de trabajo – hasta entonces es una expectativa de derecho –, como porque sólo desde el pago de la misma puede existir la posibilidad de que constituya ahorro de trabajador, entendido, de conformidad con el Artículo 29 de la Ley 153 de 1887, como “aquella parte del ingreso de las personas que no se consume”. De ahí que la legislación tributaria no considere como patrimonio las cesantías de los trabajadores y que el Gobierno, al ejercer las atribuciones que le da el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, estaba en el deber de “acatar la calificación que de cesantía contiene la legislación especializada del trabajo”, que era y es de competencia del Congreso.

III *La parte impugnadora.* La Nación se hizo parte, en cada uno de los procesos acumulados, para oponerse a las pretensiones de los demandantes. Los apoderados especiales de la Nación piden que se denieguen las peticiones de los demandantes, con base en los argumentos que de consumo exponen en su alegato de conclusión.

IV *Los alegatos de conclusión.* El doctor Cayetano Betancur, los apoderados especiales de la Nación y el señor Fiscal 1o. del Consejo de Estado alegaron de conclusión, a saber:

1. *El alegato de conclusión del doctor Cayetano Betancur.* El doctor Cayetano Betancur reitera y amplía sus argumentos expuestos en la demanda, para que se declare la nulidad de los Artículos 2o., 3o., 4o., letra a), 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., letra a), 10o., 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 42,

43, 44 y párrafo del Artículo 46 del Decreto No. 098 de 1973, 1o., 3o. y 4o. del Decreto No. 265 de 1973, en síntesis, así:

a) El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, al autorizar al Presidente para “ejercer como atribución constitucional propia la intervención necesaria... en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”, se refirió al concepto de ahorro entendido, según el diccionario de la Academia de la Lengua, como “cercenar y reservar alguna parte del gasto ordinario”, o como “una porción del ingreso limitado que se reserva en previsión de un gasto futuro”, lo que significa que la norma se refiere al denominado “ahorro puro”, que, como parte integrante del “ahorro institucional” y “transferible”, “es el ahorro propiamente dicho y que se distingue de los demás por ser una privación o abstención de gasto presente y necesario, no una capitalización de dineros sobrantes”.

b) “las cesantías de los trabajadores no son ahorros” porque no se causan sino al término del contrato de trabajo, salvo excepciones que permiten liquidarlas parcialmente, para adquirir, desgravar o reparar la propia vivienda o para prestar el servicio militar, las cuales en realidad constituyen, respectivamente, auxilios pro-vivienda y pro retiro o prestar el servicio militar; estas sumas se descuentan, al terminar el contrato de trabajo, de la cesantía del trabajador que en realidad es, en sentido lato, un salario o “indemnización por el desgaste de recursos humanos no renovables”; porque, si “el derecho al auxilio de cesantía” puede perderse por alguna de las causas que señala taxativamente el Artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, no es, según la terminología latina, *in re*, sino *ad rem*, es decir, que mientras el contrato de trabajo no termine el trabajador sólo tiene “un derecho al auxilio de cesantía y no un derecho sobre el auxilio de cesantía”, sin que obste a este criterio el argumento que podría consistir en afirmar que si el trabajador puede perder el auxilio de cesantía, conforme a las causales de la norma indicada, es porque tienen el derecho sobre ella, puesto que la Ley utiliza expresiones semejantes, como en los Artículos, 1231 y 1232 del Código Civil, para denotar, no la extinción, sino una condición o requisito para que exista el derecho, porque la legislación tributaria corrobora el criterio expuesto, ya que no exige al trabajador que declare anualmente como patrimonio “el auxilio de cesantía que iría devengando día a día a medida que transcurre el contrato de trabajo”; porque la reserva *que puede*, no que deba, constituir el contribuyente por concepto de las cesantías consolidadas en el balance anual, según los Artículos 98, 99 y 100 del Decreto 437 de 1961, sólo tienen un alcance contable y fiscal; porque, si el derecho al auxilio de cesantía sólo se causa al término del contrato de trabajo, “no es fraccionable, es decir, no se adquiere día a día” y, por lo mismo, las simples

expectativas de adquirir el derecho no pueden ser ahorros, que “son bienes sobre los cuales *existe un derecho real*” y a los cuales “quiso amparar el ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución poniéndolos bajo la protección del Presidente de la República”; y porque, dentro del mismo razonamiento, las cesantías, antes de devengarse y percibirse, “no son abstención de consumo presente en cercenamiento o reserva de alguna parte de los bienes económicos destinados al gasto”, ni menos pueden considerarse, *a priori*, como “ahorro puro”, entendido como “la abstención de un gasto presente y necesario con miras a utilizarlo en el futuro”, ya que “la cesantía se concede tanto al capitalista como al proletario, al que gana ingentes salarios y al que sólo tiene un sueldo para el diario vivir”, al que la considera “como un ingreso excedente sobre el de sus rentas” y al “que no tiene más que ese ingreso cuando termina su relación laboral”. En consecuencia, las cesantías “no son reservas que el empleador constituye a favor del trabajador” y tampoco “deudas a su cargo y a favor de los trabajadores”; pero, aún aceptando que fueren créditos a favor de éstos, no serían ahorros porque “están constituídas por bienes sobre los cuales hay un derecho *in re* y no simplemente un derecho personal a crédito”, como sería, por ejemplo, el que se podría causar diariamente en favor del arrendador y a cargo del arrendatario por parte del precio del contrato de arrendamiento o del mutuante sobre el mutuario por concepto de intereses, actividades estas que no se podrían intervenir con base en el Ord. 14 del Artículo 120 de la Constitución.

c) La intervención que autoriza el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución tiene límites, en cuanto supone que “la entidad intervenida preexista al acto interventor y subsista después de la intervención”; que sea necesaria para “preservar el ahorro privado de cualquier acto que lo ponga en peligro” y que la persona natural o jurídica debe “tener por objeto” “el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”. Este alcance de la disposición es el que corresponde a la historia fidedigna de su establecimiento “que tuvo por objeto prevenir los abusos de personas naturales y jurídicas dedicadas especialmente a captar el ahorro y a invertirlo en planes de vivienda”. Pero el Decreto No. 98 de 1973, al crear los fondos regionales de capitalización, hace que “la entidad intervenida” desaparezca, “suprime toda intervención o la elimina de un tajo” y para ello “interviene sobre las actividades de todos los patronos de Colombia que tienen más de cinco trabajadores a su servicio y los cuales en el 99.9% desempeñan actividades que no tienen nada que ver con el manejo e inversión de las cesantías”.

d) La “atribución constitucional propia” que el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución confiere al Presidente significa que “no es

una actividad delegada a través de la Ley sino de una actividad delegada directamente por la Constitución”, pero no por ello puede “entenderse que es atribución exclusiva”, como sí las hay “a porrillo en la Constitución y especialmente en el Artículo 120”. De ahí que esta facultad del Presidente no excluya la que tiene el Congreso con base en el Artículo 32 de la Constitución, que es “mucho más amplia y comprensiva”, sino que debe coordinarse con ésta que se ejerce “por medio de Leyes en sentido material, es decir, normas de carácter general, mientras que aquélla “mediante actos de carácter individual o normas particulares”. Es cierto que, según el Artículo 5o., Ordinal 1o., de la Ley 57 de 1887, “una norma individual o especial prevalece sobre una norma general, pero siempre que tenga el mismo contenido” y, en este caso, “la facultad presidencial sólo puede modificar la Ley mediante normas concretas pero no por vía de normas generales que sólo corresponden al legislador”.

e) “Pero más suponiendo que fuera válida la tesis de que las facultades del Presidente en relación con el ahorro privado son superiores a las del Congreso, ello sólo significaría que el Presidente podría modificar las Leyes preexistentes en todo lo relacionado con la concreta materia del ahorro privado. No podría por tanto entrar a derogar ni a modificar las Leyes y códigos que ha dictado y que dicta el Congreso en el futuro, tal como lo ha hecho el Decreto No. 93 y su reforma, el Decreto No. 265”, de 1973. Estos Decretos “han entrado a saco sobre la legislación laboral, descuartizándola, ordenando liquidaciones periódicas del auxilio de cesantía en épocas que el Código no prevé, ordenando a los patronos la entrega de éstos auxilios a los fondos de capitalización en momentos que el Código nunca concibió; ordenando que el auxilio de cesantía se pague al trabajador por una interpuesta persona, los fondos, que las Leyes laborales nunca han concedido; creando opciones a favor del trabajador para exigir su cesantía o bien de los patronos que ya habían entregado la suma correspondiente a los citados fondos”. El Artículo 35 del Decreto No. 098 de 1973 modifica el Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil al crear un nuevo título ejecutivo; el Artículo 43 *ibídem* reforma la legislación fiscal mediante nuevas exenciones al impuesto de renta y patrimonio; el Artículo 44 *ibídem* exime del mismo impuesto “el monto de las cesantías trasladadas a los fondos, mientras las Leyes vigentes sólo eximen del impuesto de renta y no del de patrimonio a las cesantías realmente recibidas”; el párrafo del Artículo 46 *ibídem* exime, sin que haya norma legal que autorice la exención, del “impuesto de masa global hereditaria y de sucesiones y donaciones” (sic) la indemnización de 24 meses de salario que reciben los herederos del trabajador fallecido en accidente de trabajo”. Si la facultad dada al Presidente por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, en la forma restrictiva indicada, se extendiera a las “materias conexas o indirectamente relacionadas con él”, es claro “y evidente que sobraría el Congreso u órgano legislativo del poder público ya que, como se ha visto,

materias conexas e indirectamente relacionadas con el ahorro privado pueden ser los asuntos laborales, tributarios, procesales, sucesorales, constitucionales, etc”.

2. *El alegato de conclusión de los apoderados especiales de la Nación.* Los doctores Abel Naranjo Villegas, Carlos Restrepo Piedrahita y Gonzalo Vargas Rubiano, apoderados especiales de la Nación, alegaron de conclusión para que se denieguen todas las peticiones de los demandantes. Al efecto se remiten a los argumentos expuestos para sustentar el recurso de súplica contra el auto de Sala Unitaria de fecha 8 de marzo de 1973 y aducen otros nuevos, todos los cuales se resumen en los siguientes términos:

1. La intervención del Estado en la Economía está instituída genéricamente en el Artículo 32 de la Constitución, de la cual la consagrada como atribución propia del Presidente por el Ordinal 14 del Artículo 120 *ibídem* constituye una modalidad específica, razón por la cual esta disposición debió ser un párrafo de aquélla; pero se trata de una impropiedad de técnica legislativa y constituyente que no obsta para que sea “parte inseparable del instituto de la intervención del Estado en la Economía”.

2. Así como las Leyes o las sentencias, que son los medios por los cuales obran las Ramas Legislativa y Jurisdiccional, “son susceptibles de diferencias cualitativas”, los Decretos del Gobierno se diferencian también cualitativamente. Así, en el Derecho y en la práctica constitucionales del País “es una realidad, no controvertida como tal, que el Gobierno es órgano creador de legislación”, como expresa, enunciativamente, el Ordinal 8o. del Artículo 118 de la Constitución; del mismo modo, “cuando el Gobierno ejerce la *función constitucional propia* (subrayan los apoderados de la Nación) en el campo del ahorro privado, dentro de las previsiones del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución Política, sus Decretos están impregnados de plena fuerza legislativa, tienen categoría material de Leyes. Su jerarquía institucional, su fuerza normativa, son las mismas de las Leyes”. No valdría argüir contra esta evidencia que el examen de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de Leyes, mencionados por el Ordinal 8o. del Artículo 118 de la Constitución, corresponde a la Corte, mientras que todos los demás, incluidos los dictados con base en el Ordinal 14 del Artículo 120 *ibídem*, son de competencia del Consejo de Estado, porque en esta materia “los congresos que han enmendado sucesivamente la Constitución Política a partir de 1945 no han procedido científicamente a tal distribución, e inclusive han incurrido en formidables errores, como el de asimilar en categoría o contenido los Decretos del Ordinal 11 del Artículo 76 con los del Ordinal 12 de la misma norma, para citar sólo un ejemplo”.

3. El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución es “la más radical de las muchas innovaciones traídas al Derecho Constitucional Colombiano por la reforma de 1968”, como “una radical –de raíz– expropiación de competencia” del Congreso para atribuirla al Presidente con el énfasis de que le es “propia”. Esto “implica necesaria, forzosa, lógicamente que, para que el Ejecutivo pueda cumplir la función que le encomienda la Constitución Política, tiene que estar dotado de la misma capacidad normadora que antaño competía al Congreso, pues si así no fuera habría que concluir que el Acto Legislativo No. 10. de 1968 transfirió una función de un órgano a otro pero negándole al nuevo titular de la competencia los medios jurídicos indispensables para ejercerla, y que un área vasta e importante de la economía nacional quedaría al margen del poder regulador del Estado, pues reconocido está por reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que el Congreso ya no tiene competencia interventora en el campo o que se refiere el ordinal 14 del Artículo 120”. Pero esto sería absurdo, y si hubo una transferencia de competencia del Congreso al Presidente, éste debe disponer de los medios, que antes tenía aquél, para ejercerla; así, “por medio de Leyes o de Decretos con fuerza legislativa pueden determinarse la capacidad, reconocimiento y en general el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas” y no hay duda que “por medio de los Decretos que el Gobierno dicte en ejercicio de la competencia que le atribuye el Ordinal 14 del Artículo 120, tiene aptitud jurídica para producir determinaciones similares”.

4. El régimen constitucional colombiano, de intervención y planeación económica, “es complejo y no es desatendible la observación de que acaso está afectado de contradicciones técnicas fundamentales”. Pero es claro que por tratarse de un régimen de economía “muy próximo al sistema de libre empresa”, no socialista, “las Leyes-Planes o los Planes-Leyes no son en el régimen jurídico colombiano la única forma posible de intervención estatal en la economía”, sino “una de sus posibilidades”, entre las cuales se cuenta también la prescrita por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución. Este régimen constitucional se caracteriza por ser “una transición complicada, atípica, del simple *Estado para el orden* hacia la forma, todavía distante, del *Estado para el bienestar*”, mediante un “*Estado para el desarrollo*”, (Los apoderados de la Nación subrayan). Esta evolución constituye un criterio de análisis de la Constitución, especialmente de las funciones del Congreso y del Gobierno, e “impone a su vez una nueva postura del espíritu analítico de las actuales instituciones colombianas”: La Corte Suprema de Justicia, en sentencias de 18 de agosto de 1972 y 15 de diciembre de 1973, cuya motivación en parte se transcribe, sostuvo enfática, clara y reiteradamente los criterios expuestos sobre el alcance del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución.

5. La intervención estatal desde 1968 está subordinada “a declaraciones doctrinales y programáticas postuladas por el mismo Constituyente”, como

son “desarrollo integral, pleno empleo de los recursos humanos y naturales, desarrollo económico presidido por el principio de la justicia social, mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y preferentemente de las clases proletarias”. Esto significa que “la filosofía implícita en el Artículo 32 y su complemento de excepción el Ordinal 14 del Artículo 120, así como los otros conexos (Artículo 38, inciso 2o., y Artículo 39, inciso 3o.) es que la economía de la Nación es una función del bien común y no un egoísta fin en sí mismo”, con base en la cual se debe ejercer la intervención, como la efectuada mediante el Decreto No. 98 de 1973, dentro del concepto constitucional de “política de ingresos y salarios”, “para producirles un beneficio adicional a los trabajadores” y utilizar el “volumen financiero” de las cesantías, mientras no sean exigibles, “a superiores fines de desarrollo económico”.

6. Si se analiza la evolución legislativa de la cesantía, fue primeramente reconocida por la Ley 10a. de 1934, pero condicionada “al despido injustificado”. Los Artículos 12 de la Ley 6a. de 1945 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo instituyeron “definitivamente el derecho de cesantía” como “una previsión o ahorro” del trabajador malogrado, como depositario legal, por el patrono, mientras aquél puede percibirlo por retiro definitivo o liquidación parcial. Así se deduce del Artículo 99 del Código de Comercio, que considera “incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad” (Los apoderados de la Nación subrayan). De donde se sigue que la cesantía configura “un gasto, una obligación del patrono y un derecho para el trabajador”, que no está sujeto a condición suspensiva, porque las causales de pérdida del derecho, señaladas por el Artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, “son excepciones para oponer a una reclamación ilegal pero no son la regla que ampara el nacimiento y vida de un derecho como la cesantía” que es, “en cada momento, un derecho causado a favor del trabajador”.

7. Recíprocamente, la cesantía constituye un gasto continuo para el patrono, con incidencia en los costos, de ahí que las empresas tuvieran que pasar del sistema de causación al de “cesantías causadas por pagar”. Esto se corrobora por el hecho de que, para repartir utilidades, las empresas requieren deducir previamente las cesantías causadas, las cuales, si reconocidas irrevocablemente, de conformidad con los Artículos 1o. del Decreto No. 700 de 1947 y 2o. de la Ley 78 de 1935, se considerarán como expensas ordinarias deducibles para la liquidación del impuesto de renta y exceso de utilidades.

8. Del mismo modo, según concepto de la Superintendencia de Sociedades del 14 de diciembre de 1943, las reservas, entendidas como “aque-

llas que pueden ser calificadas como capital superavit", sólo pueden constituirse con parte de las ganancias, mientras que los costos causados, háyanse o no pagado, "deben ser computados y contabilizados, pues, de todas maneras influyen en el patrimonio del patrono". Que los patronos incluyan o no las cesantías causadas como reservas, "es una cuestión nominal que no afecta el problema de fondo"; sólo que, en caso positivo, ello "incidirá sobre los impuestos que paguen, al tenor de la legislación tributaria y del Artículo 53 del Código de Comercio".

9. Según los economistas modernos, algunos de cuyos conceptos se transcriben, el ahorro implica la idea "de previsión que engloba todo aquello que se sustrae al gasto cotidiano y se mantiene como una expectativa cierta para el futuro". Lo que significa que todo ese proceso de previsión constituye un género dentro del cual el ahorro es una de sus especies. Esa previsión asume los caracteres del orden público general cuya tutela corresponde al Estado. Es ese el planteamiento de la nueva economía para el desarrollo, y, por boca de uno de sus más autorizados expositores, Higgins, se expresa así: "Si el pueblo de una nación no ahorra voluntariamente lo suficiente para financiar el desarrollo económico, la razón dice que el Estado puede obligarlo a ahorrar para llenar sus deficiencias" (Higgins Benjamín, *Economic Development*, New York, 1968, Pág. 145)...". Esto permite distinguir entre el ahorro privado y el público, aquél entendido como "una previsión subjetiva, una facultad del individuo, protegida por el Estado como uno de los derechos naturales de la persona", mientras que éste, como las cesantías, "que alcanza dimensiones institucionales, queda adscrito al campo de la previsión que el Estado tiene obligación de imponer como responsable del orden objetivo de la sociedad". En esto, como en la teoría jurídica, "la idea individual de la economía ha sido reemplazada por la idea social de la economía, en ese proceso dinámico que le han inoculado la expansión social y las necesidades de la justicia". Si "la previsión desborda al individuo para convertirse en función extraindividual queda bajo la jurisdicción de la Ley, es decir, del Estado, como función propia e intransferible... El ahorro forzoso de que se ha hablado anteriormente es de la misma naturaleza cuando se trata de empleados oficiales o privados. De ahí el fundamento económico y jurídico que tuvo el Decreto 3118 de 1968 cuando creó el Fondo Nacional de Ahorro con las cesantías de los trabajadores y los empleados públicos, con idénticos fines a los del Decreto No. 098 de 1973 que son los de la capitalización social".

10. Si la cesantía es una previsión "con el fin de preservar el futuro de los trabajadores y es, desde ese contexto, un ahorro evidente que se va acumulando con el tiempo en beneficio de quienes trabajan", la creación de los fondos regionales de capitalización social es su consecuencia, "porque con ellos entra decisivamente el Estado a responder directamente del

cumplimiento y efectividad del derecho que tienen los trabajadores a la cesantía” y a evitar que, como ha sucedido, la quiebra de las empresas imposibilite el cumplimiento de sus obligaciones con los trabajadores.

11. Es cierto que el objeto de las empresas debe definirse, por mandato legal, en el acto de constitución de la sociedad, pero ellas también tienen, como prescribe el Artículo 99 del Código del Comercio, por ministerio de la Ley, un objeto tácito, de orden público, que consiste en las previsiones sociales que ella establece, entre las cuales está específicamente el pago de las cesantías de los trabajadores”, previstas por el Artículo 99 del Código de Comercio. “Esto significa que, por el reconocimiento legal de la empresa, se le confiere tácitamente una personería para “el manejo, aprovechamiento e inversión de los fondos” provenientes de las cesantías que constituyen, manejadas por los empleadores, “una de las modalidades más auténticas del llamado *ahorro institucional* (los apoderados de la Nación subrayan), que es ciertamente el único susceptible de intervención por vía del ordinal 14 del Artículo 120”. Este “manejo, aprovechamiento e inversión” de la suma correspondiente a las cesantías constituye la utilización, según expresión de Heller, de un “ahorro privado total”. El argumento de las empresas, en el sentido de que los fondos las descapitalizan, implica reconocer que las reservas para el pago de cesantías son un capital que produce “los rendimientos habituales” y demuestra que, “lo que desde el punto de vista de los empresarios es capital de inversión, desde el punto de vista del trabajador es un ahorro”, que pertenece al llamado “salario invisible”.

12. Es cierto que la cesantía, desde el punto de vista fiscal, no constituye patrimonio sino cuando se paga al trabajador, pero ello no significa que, jurídicamente, no sea patrimonio a medida que se causa según la legislación laboral, sino que, “como capital que se margina de las sumas destinadas a gastos”, no existe contradicción en que el legislador, en atención a “la naturaleza de la previsión social que es la cesantía”, lo ampare “con excepciones y liberándolo de gravámenes que garantizan al trabajador el consumo futuro de ese capital”. Además, los fondos tienen por finalidad hacer cumplir a las cesantías, que son patrimonio, la función social prevista en la Constitución y, puesto que son propiedad privada de los trabajadores, garantizada por la Constitución, el Decreto No. 098 de 1973, para administrarlas, crea los fondos con el carácter de personas jurídicas de derecho privado.

13. El Decreto No. 98 de 1973 no viola los Artículos 254, 255 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, porque sólo dispone la liquidación de las cesantías y su transferencia a los fondos, sin perjuicio de que subsista “la relación bilateral entre el trabajador y el patrono” y que la cesantía se pague o se pierda de conformidad con las normas mencionadas del Código

Sustantivo del Trabajo, con la salvedad consistente en que la empresa, al entregarla al fondo, queda liberada de su obligación y subrogada por éste, al cual el trabajador debe expedir, a su retiro y mediante el pago, el correspondiente finiquito.

3. *El alegato de conclusión del señor Fiscal.* El señor Fiscal lo. del Consejo de Estado conceptúa que no se debe acceder a las peticiones de los demandantes, en síntesis, con base en los siguientes argumentos:

1. Entre los argumentos expuestos por los demandantes existe contradicción, circunstancia que “demuestra que no existe acuerdo, por parte de los atacantes, en la interpretación de lo que es materia de la acusación”: mientras para algunos “la reforma constitucional del 68 otorgó poderes monárquicos al Presidente de la República, para otros tales facultades fueron muy limitadas”, hasta llegar a afirmar uno de los demandantes que el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución constituye una excepción, de restrictiva interpretación, al principio que postula que “le corresponde al Congreso hacer las Leyes”. Lo cierto es que “ni las facultades que la reforma del 68 otorgó al Presidente de la República son monárquicas, ni tampoco que no se hubiera operado ningún cambio”.

2. El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, como sostuvo la Corte en sentencia del 18 de agosto de 1972, que se transcribe en parte, trasladó “al ejecutivo facultades para legislar en determinados campos”, las cuales se ejercen mediante decretos denominados por la doctrina y la jurisprudencia “autónomos” o “reglamentos constitucionales”, fundados directamente en la Constitución, según se deduce del texto mismo de la norma, y de jerarquía igual a la Ley. Por consiguiente, no es fundado “lo que se ha dicho en algunas demandas, ni tampoco que se trate de normas exceptivas de aplicación “de carácter eminentemente restrictivo”, pues si bien el traslado de competencia implica una atribución excepcional, esto no quiere decir que las normas, que en cumplimiento de tal facultad se profieran sean restrictivas, porque conforme a la reforma introducida en 1968, y a la interpretación dada por la H. Corte a las normas pertinentes, tienen “la fuerza y sustancia que corresponden a la Ley, y la facultad constitucional, allí consagrada, “permite al Presidente expedir actos jurídicos no subordinados a la Ley previa, ya sean de carácter particular o general. . .”. De ahí que uno de los gestores de la reforma afirme que la referente al Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución “es la más radical” en cuanto “sustrajo de raíz, del área de la función de la intervención en la economía, todas las funciones del ahorro privado para trasladarlas al ejecutivo. . . En materia de ahorro. . . la Ley proviene del ejecutivo. En la estructura del derecho público colombiano ha ocurrido un fenómeno de carácter revolucionario. La Ley propiamente dicha, con funciones de tal, ya no es competencia del Congreso”.

3. La facultad conferida al Presidente de la República por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la constitución “no puede consistir en una simple labor de vigilancia, pues en tal caso se habría dejado la palabra “inspección” que figuraba en la redacción inicial del numeral 14 sin sustituirla por la de “intervención”, ya que aquélla, según se dice en el acta respectiva, podría entenderse como una excepción a la intervención planificada del Artículo 32”, sino que comprende la posibilidad de “crear los medios adecuados” para lograr “la canalización, aprovechamiento de los fondos provenientes del ahorro”. Estas facultades “no sólo son amplias, sino que son exclusivas, vale decir, que no pueden ser compartidas por el Congreso”. La crítica que se ha hecho a “estas transferencias de facultades” podría servir para una futura reforma, pero “no puede variar su contenido” actual, definido por reiterada jurisprudencia de la Corte y aún expuesto, con reparos sobre su conveniencia, por un artículo periodístico, que en parte también se transcribe. De donde se deduce que el Decreto No. 98 de 1973 se expidió con base en la mencionada atribución, no condicionada “a la preexistencia de mandato legal alguno”, que además le permite al Presidente, como sostuvo la Fiscalía en concepto rendido en el expediente No. 1836, crear “el organismo, o autorizar su creación, cuando juzgue que los existentes no tienen capacidad funcional” de realizarla.

4. Los conceptos divergentes de los demandantes sobre cesantía y ahorro demuestran “cómo respecto de algunos vocablos, aún por parte de quienes tienen unas mismas pretensiones, no existe uniformidad de criterios”, lo cual se explica por tratarse de materia referente, más que a lo jurídico, “a lo social y económico”.

5. “De la cesantía, a través de diversos estudios legislativos, se ha dicho que es una indemnización, un auxilio, un salario diferido, una prestación social. De todo esto lo cierto es que, en la práctica, hoy cada trabajador, a medida que transcurre su tiempo de servicio, cuenta dentro de su haber, como un ahorro, lo que le correspondería por cesantía si se llegare a retirar en ese momento, o si solicitase su liquidación parcial para adquirir vivienda o lote de terreno con destino a construcción o para cancelar un gravamen sobre ella”. Por consiguiente, la cesantía es “un ahorro, cuyo pago está sujeto a determinados requisitos”: la contraposición de criterios de los demandantes, a este respecto, “indica muy a las claras la carencia de respaldo jurídico de sus pretensiones”. Tampoco es fundado el aserto, expuesto en una de las demandas, que el derecho a la cesantía se adquiere en el momento del retiro del trabajador, a causa de que antes puede perderla por su mala conducta, porque “ello equivale a juzgar lo general por la excepcional” que, como “la comisión de un delito”, implica la pérdida de “varios derechos sin que nadie dude de la preexistencia de éstos”.

6. Varios demandantes coinciden en afirmar que el Decreto No. 98 de 1973 es violatorio del Artículo 12 de la Constitución en cuanto prescribe que "... el régimen de las personas jurídicas se determina por la Ley colombiana". Pero no advierten que este precepto hace parte integrante del Título II de la Constitución, que trata "de los Habitantes: nacionales y extranjeros, "y que cuando se dice que "la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la Ley colombiana", la Constitución está prescribiendo la aplicación de la Ley nacional frente a la Ley extranjera, es decir, se le está dando vigencia al principio del *ius soli*". Por consiguiente, esta norma no es aplicable al problema que se debate.

7. Respecto de las acusaciones contra los Decretos Nos. 98 y 265 de 1973 por violación "de diferentes normas de carácter legal", por una parte, las disposiciones que se dicten con base en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, como se expresó, "tienen fuerza normativa igual a las Leyes que se indican como infringidas, pues no se trata de una delegación sino de una transferencia constitucional de funciones legislativas en el campo del ahorro privado" y, además, la intervención que el Presidente de la República puede ejercer, como "*atribución constitucional propia*, es la *necesaria* (el señor Fiscal lo subraya), término éste que, lejos de ser "restrictivo", como afirman algunos, es lo suficientemente amplio, como para permitir que la intervención presidencial tenga que limitarse a la simple reproducción de normas preexistentes. Para esto último no habría sido necesaria ninguna modificación de la Carta, ni menos la concesión de unas tan amplias atribuciones, que no por criticadas dejan de ser bastante radicales". Si los "decretos autónomos" tienen la misma fuerza normativa de la Ley, éstos no pueden ser violatorios "de otra de igual jerarquía".

8. Si el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución concede al Presidente facultades para determinar o fin, como sostienen los apoderados especiales de la Nación en su alegato de conclusión, que el señor Fiscal prohija y transcribe en parte, debe disponer de los medios para realizarlo. Además, como por reciente sentencia de la Corte "el Congreso ya no tiene competencia interventora en el campo a que se refiere el ordinal 14 del Artículo 120", si se afirmare que el Presidente no puede disponer de los medios para ejercerla, se llegaría al absurdo consistente en que habría un vacío constitucional en materia de intervención económica.

9. El Presidente indudablemente puede, con base en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, determinar "la capacidad, reconocimiento y en general el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas".

V *Las consideraciones de la Sala.* Surtida normalmente la tramitación de los juicios acumulados, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a resolver mediante las siguientes consideraciones:

1. *Los actos acusados.* El Decreto No. 98 de 1973, expedido por el Gobierno Nacional, modificado por el No. 265 del mismo año, creó “los fondos regionales de capitalización social como personas jurídicas de derecho privado” y determinó la forma de constituirlos, sus objetivos y sus recursos: cesantías de los trabajadores particulares, rendimientos que perciban en las operaciones que realicen, el producto de los créditos internos y los demás ingresos que obtengan a cualquier título (Artículos 1o. del Decreto No. 265, 2o., 3o. y 4o. del Decreto No. 98 de 1973); dispuso que “los empleadores particulares que ocupen cinco (5) o más trabajadores procederán a liquidar, bajo su exclusiva responsabilidad, la cesantía parcial de sus trabajadores”, en la forma que al efecto se señala y con la obligación de hacerlo cada mes, con destino al fondo regional correspondiente (Artículos 5o., 6o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973); señaló el número y lugar de ubicación de los fondos, la finalidad de sus recursos y el régimen de su administración (Artículos 8o. a 26 y 28 del Decreto No. 98 y 2o. del Decreto No. 265 de 1973); los intereses que se reconocen sobre los saldos existentes en los fondos a favor de los trabajadores, la oportunidad en que se los debe liquidar, la manera de llevar las cuentas y el procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías (Artículo 30 a 32, 34 a 36, 38 a 41 del Decreto No. 98, 3o., 4o. y 5o. del Decreto No. 265 de 1973); prescribió que el empleador que no consigne las sumas que debe entregar al correspondiente fondo regional, dentro de los plazos señalados al efecto, “cubrirá como sanción un tres por ciento (3%) mensual, por cada mes o fracción de mes”, que tendrá destinación específica (Artículo 42 del Decreto No. 98 de 1973); que los fondos regionales están exentos de impuestos nacionales; que “los trabajadores afiliados no estarán sujetos al impuesto de patrimonio sobre sus tenencias en los fondos, ni al impuesto de renta sobre los intereses y participaciones” que reciban (Artículo 43 del Decreto No. 98 de 1973) y que las sumas correspondientes a las cesantías, trasladadas a los fondos regionales, son deducibles a efecto del impuesto de renta y complementarios, pero que lo pagado por el patrono o empleador, por concepto de salarios y prestaciones, sólo puede aceptarse como deducción si demuestra “haber hecho la totalidad de las correspondientes consignaciones a los respectivos fondos” (Artículo 44 del Decreto No. 98 de 1973); dispuso la forma de hacer las consignaciones y de realizar los pagos en lugares que no sean la sede del fondo (Artículo 6o. del Decreto No. 265 de 1973); que, si fallece el trabajador, los saldos se entregarán a sus herederos, según “las normas laborales vigentes”, y que éstos, conforme al Artículo 204, letra a), del Código Sustantivo del Trabajo, o en su defecto los beneficiarios de aquél, estarán exentos “de los impuestos de masa global hereditaria y de sucesiones y donaciones sobre tales tenencias” (Artículo 46 del Decreto No. 98 de 1973). El Artículo 7o. del Decreto No. 265 amplió hasta julio de 1973 el plazo previsto por el Artículo 7o. del Decreto No. 98 y el Artículo 8o. *ibídem* que los Decretos Nos. 98 y 265 de 1973 “regirán a partir del 27 de febrero” del mismo año.

2. *La jurisdicción y la competencia de la Sala.* El Consejo de Estado es competente para conocer, por medio de esta Sala, del caso *sub judice*, según los siguientes motivos:

a) El Artículo 214 de la Constitución atribuye taxativamente a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de Ley de las acciones de inexecutableidad de las Leyes y de los Decretos expedidos por el Gobierno en uso de las facultades de los Artículos 76, Ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución y por control directo de la constitucionalidad de los Decretos dictados con base en los Artículos 121 y 122 de la Carta. Recíprocamente, según el Artículo 216 de la Constitución, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe “conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad” de los demás “Decretos dictados por el Gobierno”.

b) Los Decretos Nos. 98 y 265 de 1973, según su propio enunciado, se expidieron por el Gobierno Nacional, “en uso de las facultades Constitucionales y en especial de las que le confiere el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución”, que son distintas de las que ejerce con base en los Artículos 76, Ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Carta. En consecuencia, y de conformidad con el Artículo 34, Ordinal 10o., del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de las acciones propuestas.

c) Además, según los Artículos 22 y 24 del Decreto-Ley No. 528 de 1964 y 3o. de la Ley 50 de 1967 y el Acuerdo No. 1o. de 1971 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo debe conocer de las acciones de nulidad contra los actos administrativos de carácter nacional, como los Decretos acusados, que no versen principalmente sobre materia laboral, tributaria o relativa a la reforma agraria.

3. *La concordancia entre los Decretos Nos. 98 y 265 de 1973 y 469 de 1974.* Los Artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o. del Decreto No. 265 de 1973 sustituyeron, respectivamente, los Artículos 1o., 27, 29, 33 y 45 del Decreto No. 98 de 1973 y el Artículo 5o. de aquél derogó el Artículo 37 de éste. En consecuencia, no es el caso de hacer ningún pronunciamiento sobre los cargos contra estas normas, pero sí se debe proveer sobre los propuestos contra los Artículos 1o., 3o., 4o. y Parágrafo 2o., 6o. y 8o. del Decreto No. 265 de 1973 que los reemplazaron.

El Decreto No. 469 del 20 de marzo de 1974, publicado el 10 de abril último (D. O. No. 34059, Pág. 112) y expedido también por el Gobierno Nacional “en uso de sus facultades constitucionales y en especial de las que le confiere el numeral 14 del Artículo 120 de la Constitución”, como

reza su epígrafe, modificó y adicionó lo Decretos Nos. 98 y 265 de 1973. Respecto del caso *sub judice*, el Artículo 6o. sustituyó el Artículo 5o. del Decreto No. 98 de 1973, el 7o. reprodujo textualmente el 6o. de éste y el 10o. modificó, en cuanto a los plazos, el Artículo 7o. del Decreto No. 265 de 1973, reformatorio del Artículo 7o. del Decreto No. 98 de 1973. Por consiguiente, tampoco se debe resolver sobre los cargos contra el Artículo 5o. del Decreto No. 98 de 1973, pero sí sobre los propuestos contra los Artículos 6o. y 7o. del mismo Decreto; esta última disposición, en cuanto ordena a los patronos a que se refiere liquidar y consignar mensualmente en el respectivo fondo las cesantías de los trabajadores, no fué modificada por el Artículo 7o. del Decreto No. 265 de 1973 ni tampoco por el Artículo 10o. del Decreto No. 469 de 1974.

4. *La evaluación de los cargos.* Los cargos propuestos en los juicios acumulados pretenden infirmar, genérica y específicamente, las normas por las cuales se crean “los fondos regionales de capitalización social, como personas jurídicas de derecho privado”, para “el manejo, aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado constituido por las cesantías de los trabajadores” (Artículo 1o. del Decreto No. 265 de 1973), y se reglamenta su organización y funcionamiento. La argumentación jurídica fundamental de los demandantes consiste en la consideración de que el Gobierno, mediante las disposiciones acusadas, extralimitó las atribuciones que le da el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución y violó recíproca y directamente los Artículos 12, 16, 30, 31, 32, 34, 49, 44, 57, 76, Ordinales 1o., 2o., 4o. y 10o., 79, 80 y 120, Ordinal 2o. de la Constitución, e indirectamente los Artículos 65, 249, 250, 254, 255 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, 635, Inc. 2o., 1494, 1495, 1542, 1626 y 2232 del Código Civil, 38 de la Ley 153 de 1887, 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal y 448 del Código de Procedimiento Civil, porque se arrogó, a este respecto, las funciones del Congreso.

Los planteamientos jurídicos de los demandantes y de la parte coadyuvante, como los argumentos expuestos por el señor Fiscal 1o. y por los apoderados especiales de la Nación, hacen necesario precisar, para resolver, el alcance del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución en relación con las atribuciones constitucionales del Congreso.

5. *Las Ramas del Poder Público y su colaboración armónica.* Es verdad inconcusa del régimen constitucional colombiano, que se deduce de los Artículos 2o. y 55 de la Carta, el principio según el cual el Estado constituye, institucionalmente, el “poder público”, que se ejerce mediante ramas que “tienen funciones separadas” pero que “colaboran armónicamente en la realización” de sus fines. Este concepto, instituido por el Artículo 21 del Acto Legislativo No. 1o. de 1936 y complementado por el Artículo 6o. del Acto Legislativo No. 1o. de 1945, se deriva del postulado

de la teoría política que afirma la unidad estructural o esencial del Estado. Se distingue así el Estado de los medios por los cuales actúa y, recíprocamente, se da a éstos la significación que les corresponde, no como poderes en sí mismos —como se podía colegir del Artículo 57 de la Constitución de 1886—, sino como instrumentos o cauces jurídicos concurrentes, claramente diferenciados por la Constitución, de realización del poder.

El desarrollo del principio. La separación y la armonía de principio entre las ramas legislativas y ejecutiva del poder público se desarrollan por la Constitución en los siguientes aspectos esenciales:

a) Al Congreso le corresponde, por cláusula general de competencia y señalamiento específico, como prescribe el Artículo 76 de la Constitución, “hacer las Leyes”, entendidas como los actos que aquél expide, con la sanción del Presidente o en su defecto del Presidente del Senado (Artículos 85, 86, 89 y 90 de la Constitución), por el procedimiento regulado por el Título VII de la Carta. Este criterio fué sustentado por la Corte en sentencia del 13 de noviembre de 1928 (Néstor Pineda, Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Tomo II, Pág. 169), corroborada en lo esencial, entre otras, por la del 3 de agosto de 1971 de la misma entidad (foro Colombiano, No. 26, págs. 138 y 139) y por la del 14 de noviembre de 1962 del Consejo de Estado (Anales Tomo LXV, Pág. 45), al afirmar que “las atribuciones enumeradas en el Artículo 76 de la Constitución, como propias del Congreso, no son taxativas. . . De donde se sigue que, por regla general, salvo excepciones señaladas por la misma Constitución, *la Ley* se determina por los criterios *orgánico y formal* y que el Congreso, además de las atribuciones específicas, *tiene la facultad general de legislar*.”

b) El Presidente, como “suprema autoridad administrativa”, tiene las facultades prescritas por el Artículo 120 de la Constitución, entre las cuales se comprenden la de “promulgar las Leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento” y la de “ejercer la potestad reglamentaria expidiendo los órdenes, Decretos y Resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes” (Ordinales 2o. y 3o.). De donde se deduce que el Presidente, “como suprema autoridad administrativa”, por prescripción general de la Constitución *debe cumplir y asegurar el cumplimiento de la Ley*. Se trata, pues, de dos “círculos concéntricos internos” (Carlos Sánchez Viamonte, El Constitucionalismo, Edit. Bibliográfica Argentina, Pág. 54), el de la Ley y el del reglamento, aquél condicionante y éste condicionado, que tienden a realizar armónicamente la misma finalidad institucional.

c) Las facultades extraordinarias y especiales, que el Congreso puede conferir al Gobierno, con base en el Artículo 76, Ordinales 12 y 11, de la

Constitución, constituyen también otra forma de colaboración armónica entre las ramas legislativas y administrativas: las primeras mediante la transferencia temporal a ésta de atribuciones específicas de aquélla y las segundas en cuanto requieren para su ejercicio, no obstante ser de la "órbita constitucional" del Presidente, especial autorización del Congreso.

d) El régimen jurídico del estado de sitio, aunque previsto para conjurar situaciones excepcionales, por "guerra exterior", o "conmoción interior", también concilia o armoniza las atribuciones del Gobierno y del Congreso: aquél "no puede derogar las Leyes" porque "sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio"; ésto no es óbice para el "funcionamiento normal del Congreso", al cual el Gobierno debe enviar, en la oportunidad indicada por el Artículo 121, Inc. 4o., de la Constitución, si producida por conmoción interior, "una exposición motivada de las razones que determinaron la declaración", o convocar a sesiones si tiene por causa la guerra exterior; los Decretos de estado de sitio son transitorios, dejan de regir con su levantamiento, la legislación suspendida cobra su vigencia y el Presidente, los Ministros y demás funcionarios son responsables "por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere este Artículo".

f) La reforma constitucional de 1968 acentuó la colaboración entre las ramas legislativa y ejecutiva. Amplió o "reforzó", como suele decirse, sobre todo, la competencia del Gobierno, para darle a la Administración los instrumentos jurídicos que le permitan afrontar con acierto y dinamismo los constantes y crecientes problemas contemporáneos, especialmente los inherentes al desequilibrio estructural constitutivo del subdesarrollo: pero dejó al Congreso, conforme a la tendencia actual, el poder de adoptar las opciones políticas fundamentales, bajo el impulso del Gobierno, que constituyen "los límites generales" de la acción de éste, y la facultad de ejercer su control (Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Edit. Temis, Págs. 171 y 177), a saber:

1. El Congreso, por iniciativa del Gobierno, debe "fijar los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional y los de obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución, y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos" (Artículos 76, Ordinal 4o. y 79. Inc. 2o. de la Constitución). En este caso, como se sabe, el proyecto de Ley propuesto por el Gobierno sólo puede ser adicionado como prescribe el Artículo 80 de la Constitución y aquél, en defecto del Congreso, según la misma disposición, "podrá poner en vigencia el proyecto mediante Decreto con fuerza de Ley" (Artículos 79, Inc. 4o. y 80 de la Constitución): por expresa y específica disposición constitucional, tendiente a la efectividad

del plan de desarrollo, se prevé que el Gobierno sustituya al Congreso, en las hipótesis ahí mismo señaladas, en su adopción, lo que además constituye un medio institucional que busca estimular el trabajo del Congreso, que tiene, en todo caso, el control de la ejecución del plan.

2. El Congreso, por iniciativa del Gobierno, tiene la facultad de “determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales”, como también la de “dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” (Artículos 76, Ordinales 9o. y 22, 79, Inc. 2o., de la Constitución). Las atribuciones mencionadas implican que el Congreso determine, mediante reglas o principios generales, denominados Leyes normativas o Leyes cuadros, la política básica o fundamental en la materia, que el Presidente debe desarrollar, como “suprema autoridad administrativa”, según lo prescrito por el Artículo 120, Ordinales 21 y 22 de la Constitución).

3) También es atribución del Congreso, por iniciativa del Gobierno, dictar “las Leyes que decreten inversiones públicas o privadas, las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias en las mismas; las que creen servicios a cargo de la nación o los traspasen a ésta; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales, y las que decreten exenciones de impuesto, contribuciones o tasas nacionales” (Artículo 79, Inc. 2o., de la Constitución).

4) El Congreso debe expedir, por iniciativa del Gobierno, “las normas orgánicas del presupuesto nacional” (Artículos, 76, Ordinal 3o. y 79 de la Constitución) y el presupuesto de rentas y gastos que, además de determinar “las rentas nacionales” y establecer “los gastos de la administración”, debe “reflejar los planes y programas” de desarrollo económico y social y de obras públicas (Artículos 208 y 210 de la Constitución). Pero “los cómputos de las rentas, de los recursos del crédito y los provenientes del balance del tesoro”, como “las partidas del presupuesto de gastos propuestos por el Gobierno”, no pueden aumentarse sino con la aceptación previa y por escrito del “ministro del ramo”, quien también debe dar su asentimiento, en la forma indicada, a la inclusión de un nuevo gasto, con la condición absoluta, que obliga al Congreso y al Gobierno, de que no se altera “el equilibrio entre el presupuesto de gastos y el de rentas” (Artículos 210 y 211 de la Constitución). Además, si el Congreso no expide el presupuesto rige el presentado oportunamente por el Gobierno; si éste

hubiera omitido hacerlo “regirá el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos” en atención a “los cálculos de rentas del nuevo ejercicio” (Artículos 208 y 209 de la Constitución).

5. La armonía de índole institucional entre el Congreso y el Gobierno también se deduce del Artículo 122 de la Constitución, que permite a éste, “cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el Artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública”, “declarar la emergencia económica por períodos que sumados no podrán exceder noventa días al año” y “dictar Decretos con fuerza de Ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos” sobre las materias “que tengan relación directa y específica con la situación” que la determine. El Gobierno debe convocar al Congreso, si no estuviere reunido y sin perjuicio de que en su defecto lo haga por derecho propio, con la finalidad de que examine “el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas”, el cual puede, “en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los Decretos a que se refiere este Artículo”. El Presidente y los Ministros son responsables “por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades” que le concede esta disposición y el Gobierno no puede, con base en ellas, “desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en Leyes anteriores”

6. El Artículo 32 de la Constitución, que corresponde al Artículo 6o. del Acto Legislativo No. 1o. de 1968, permite al Estado intervenir, “por mandato de la Ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral” y “para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios. . .”. Este precepto constitucional consagra, como lo hiciera inicialmente el Artículo 4o. del Acto Legislativo No. 1o. de 1945, que subrogó el Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1o. de 1936 - que sólo la permitía por medio de la Ley -, la intervención genérica del Estado en la economía nacional, “por mandato de la Ley”, en las actividades indicadas. La intervención puede cumplirse directamente por la Ley, como ha sostenido la jurisprudencia, ya que la norma no es limitante de las atribuciones del Congreso; mediante facultades extraordinarias y pro tempore, como se expresa en la exposición de motivos (Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Imprenta Nacional, Pág. 41), o por el Gobierno, según la mayor o menor extensión del mandato legal y la índole de las medidas que se adopten, por medio de Decretos reglamentarios o especiales con fuerza de Ley (Sentencias del 10 de octubre de 1962 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, Anales Tomo LXV,

Págs. 38 y 39; del 3 de marzo de 1971 de la Corte Suprema de Justicia. Foro Colombiano, No. 22, Pág. 372 y de esta Sección del 19 de agosto de 1971).

Los reglamentos autónomos. Los reglamentos constitucionales o autónomos, que expide el Gobierno con finalidad de ejecutar o cumplir directamente un precepto constitucional, como en los casos de los Ordinales 12 y 14 del Artículo 120 de la Constitución, no constituyen excepción a lo expuesto en el epígrafe precedente, a saber:

a) Se dictan por el Gobierno, “como suprema autoridad administrativa”, y la Constitución, no obstante su obligatoriedad, no les reconoce fuerza de Ley, como sí lo hace con los Decretos a que se refieren taxativa, coordinada y reiteradamente los Artículos 118, Ordinal 8o. y 214 de la Constitución, reiterados específicamente por los Artículos 76, Ordinales, 11 y 12, 80, Inc. 6o. *in fine*, 121, Inc. 2o., y 122, Inc. 2o. de la misma Carta. Son Decretos obligatorios de Gobierno, dictados con base en una *facultad administrativa directa y especial*, que no pueden modificar o derogar las Leyes; por el contrario, con base en el principio expuesto de la armonía constitucional entre las ramas del Poder Público, debe concordar con ellas; de ahí que el Ordinal 1o. del Artículo 76 de la Constitución disponga, corroborado por los Artículos 25 y 71 del Código Civil, que corresponde al Congreso, por medio de Leyes, “interpretar, reformar y derogar las Leyes preexistentes”, y que el Artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 prescriba que “la Constitución es Ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente” y que “toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y a su espíritu, se desechará como insubsistente”. Solo se exceptúan los reglamentos constitucionales o autónomos, dictados con base en un nuevo precepto constitucional, que transfiera una competencia específica del Congreso a la Administración, los cuales pueden modificar o derogar *la legislación preexistente* sobre la materia: pero en este caso *no por la fuerza normativa de los mismos, sino por el tránsito de régimen constitucional* que, al trasladar una competencia específica del Congreso a la Administración, *cambió también la función, que de legislativa devino en administrativa*. Es el proceso denominado por la doctrina de “delegalización”, que esta misma Sección, mediante auto del 31 de octubre de 1966 y con ponencia del doctor Alberto Hernández Mora, consideró cumplido, respecto de la correspondiente legislación anterior a la vigencia del Artículo 4o. del Acto Legislativo No. 1o. de 1945, que subrogó como se expuso el Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1o. de 1936, por el “mandato de la Ley” para que el Gobierno intervenga la industria del transporte.

b) Esta solución fue instituída, esencialmente por el Artículo 37, inciso 2o., de la Constitución francesa sobre la base del principio, consagrado por

el inciso 1o. *ibidem*, según el cual “todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la Ley tendrán carácter reglamentario”, a saber: 1) Los preceptos legales, expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución, “referentes a dichas materias, podrán ser modificados por Decretos expedidos previo el dictámen del Consejo”; 2) Pero si se expidieron “después de que entró en vigencia la presente Constitución, sólo podrán ser modificados por Decreto si el Consejo Constitucional ha declarado que tienen carácter reglamentario”.

La primera de las hipótesis de la norma transcrita de la Constitución Francesa también puede presentarse, a propósito de la aplicación de la Reforma de 1968, en el Régimen Constitucional Colombiano, a falta de texto expreso, por las razones de hermenéutica expuestas anteriormente; en cambio, la segunda, que coincide en cuanto prohíbe al Gobierno modificar la Ley, tiene en lo demás una solución diferente; en Colombia la Ley sólo puede ser modificada o derogada por el Constituyente, por el Legislador o mediante actos del Gobierno que se asimilen a la Ley; y si el Congreso, mediante Ley, usurpa la competencia del Presidente o, viceversa, si éste, por medio de reglamento autónomo, se arroga la de aquél, para que esos actos dejen de regir es preciso que sean derogados por los mismos órganos que los expidieron o que la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, respectivamente, declare su inexecutable o nulidad (Artículos 214 y 216 de la Constitución y 34, Ordinal 1o., del C.C.A.). Esto sin perjuicio de que, en el caso específico, pueda aplicarse la excepción de inconstitucionalidad (Artículo 215 de la Constitución).

Pero la Sala considera importante destacar que ni siquiera en la Constitución Francesa, que da al Gobierno un poder reglamentario por cláusula general —que en Colombia, por el contrario, es limitado y específico, por que el Congreso tiene la función legislativa por cláusula general— con excepción de las materias taxativamente reservadas al Parlamento por el Artículo 34 *ibidem*, el Gobierno no puede, sin la previa declaratoria del Consejo Constitucional, en el sentido de que se trata de materia de “carácter reglamentario” y, por ende, de su competencia, modificar la Ley expedida con posterioridad a la vigencia de la Constitución.

Por consiguiente, la Administración, con la excepción indicada sobre la materia que de legislativa se convierte en administrativa, en ejercicio de la función que le es propia, sólo es competente para modificar o derogar sus propios actos, conforme a sus facultades constitucionales y legales, y según los requisitos prescritos por los Artículos 21 y 22 del Decreto-Ley No. 2733 de 1959.

d) Podría argüirse, en contra de lo expuesto, que el Artículo 120 de la Constitución determina las funciones del Presidente de la República, no

sólo como “suprema autoridad administrativa”, sino también como “jefe de Estado” y que como tal puede dictar Decretos con fuerza de Ley. Pero, por una parte, según la exposición de motivos, que se confirma por el contexto de la Carta, las modificaciones que se introdujeron a este precepto “tienen por objeto armonizarlo con las reformas propuestas sobre nuevas relaciones entre las Ramas Legislativa y Ejecutiva” (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 51), no darle al Gobierno funciones legislativas de carácter permanente; en segundo lugar, el reconocimiento que se hace al Presidente de su carácter de “jefe de Estado”, como observa la doctrina, de acuerdo también con la exposición de motivos, tuvo por finalidad distinguir, de las atribuciones administrativas internas, las que le incumben, según el Artículo 120, Ordinal 2o. de la Constitución, en la “dirección de las relaciones diplomáticas” (Jaime Vidal Perdomo, Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos. Biblioteca Jurídica Contemporánea, Pág. 235). Además, según el principio de la separación de funciones entre las ramas del poder público, el Presidente ejerce, como “suprema autoridad administrativa”, la función ejecutiva, con base en la Constitución y en la Ley, y el Congreso la legislativa con fundamento en la Constitución. De ahí que para que el Gobierno pueda modificar o derogar la Ley sea indispensable, como requisito esencial que se deduce de los Artículos 2o., 16, 20, 55, 63, 76 y 120 de la Constitución, que ésta le otorgue expresa competencia para ello, con mayor razón si es excepcional como lo hizo taxativa y exclusivamente con los Decretos a que se refieren los Artículos 76, Ordinales 11 y 12, 80, 118, Ordinal 2o., 121 —en este caso sólo para que suspenda transitoriamente las Leyes incompatibles con el estado de sitio—, 122 y 214 de la misma Carta. Lo contrario *llevarlo a que se confundan* algunas de las atribuciones de las ramas legislativa y ejecutiva, con la consiguiente posibilidad jurídica de que puedan dictar preceptos contradictorios entre sí, todos paradójicamente constitucionales, no obstante que es principio del Derecho Público Colombiano que los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que les esté permitido expresamente, que la competencia no se puede determinar por inferencia o analogía y que los Artículos 2o. y 55 de la Constitución, como los demás que los desarrollan, prescriben que aquéllas se ejerzan *separada y armónicamente*: sólo así pueden mantenerse la unidad y la coherencia de la Constitución prescritas, como principios fundamentales, por la misma Constitución.

e) La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, primero en sentencia de 10 de octubre de 1962 (Anales Tomo LXV, Págs. 37 a 39) y sobre todo en la del 14 de noviembre del mismo año, que fue reiterada, a este respecto, por la del 28 de septiembre de 1963 de la misma entidad (Anales Tomo LXVII, Págs. 40), definió la naturaleza administrativa de los reglamentos constitucionales o autónomos, a propósito del juicio adelantado para que se declare la nulidad del Decreto No.

0631 del 3 de marzo de 1959, expedido por el Gobierno Nacional “en uso de las facultades que le confiere el Ordinal 3o. del Artículo 120 de la Constitución”, en los siguientes términos:

“Dadas las características de nuestro sistema Institucional, la Constitución es la Suprema norma de derecho. Es la Ley fundamental, la Ley de Leyes, la Ley por excelencia, categorías protegidas por vía de acción y por vía de excepción. A ella están necesariamente sujetos los estatutos inferiores y de ella derivan su legitimidad. . De allí que si se entiende que la *función administrativa* es la actividad dirigida a la ejecución de la Ley, *ha de ser también, y aún con mayor razón, la actividad dirigida a la ejecución de la Constitución en aquellos eventos en que ésta debe ser aplicada directamente por el Gobierno* (la Sala Subraya). Y como el poder reglamentario es la consecuencia forzosa de la facultad de realizar el derecho consagrado en la Carta Política y en la Ley, el Presidente de la República ha de disponer necesariamente de la atribución de expedir reglamentos constitucionales. . . de la misma manera que puede hacerlo en relación con la Ley. La situación es la misma y el régimen de derecho ha de ser idéntico. . .” (Anales Tomo LXV, Pág. 46). Este criterio también fue sustentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de agosto de 1971 (Foro Colombiano, No. 26, Págs. 138 y 139) y por esta Sección en sentencia del 19 de los mismos mes y año.

f) El Artículo 214, concordantemente con el Artículo 118, Ordinal 8o., de la Constitución, atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las objeciones por inconstitucionalidad hechas por el Gobierno a los proyectos de Ley, “tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”; de las acciones de inexecutable de las Leyes y de los Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de los Artículos 76, Ordinales 11 y 12 y 80 de la Constitución, y, en armonía con los párrafos de los Artículos 121 y 122 de la Carta, del control directo de los expedidos por el Gobierno con base en las facultades que le otorgan estas dos últimas disposiciones. Recíprocamente, el Artículo 216 de la Constitución atribuye a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento “de las acusaciones por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los Artículos 76, Ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución”.

Estas disposiciones corroboran lo expuesto anteriormente; la Constitución atribuye taxativamente a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento, por acción o control directo, en la forma expuesta, de la constitucionalidad de los proyectos de la Ley, de las Leyes y de *los Decretos expedidos por el Gobierno nacional con fuerza de Ley* y a la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo el de *los demás Decretos, expedidos por el mismo, en ejercicio de la función ejecutiva o administrativa.*

Este régimen, ya tradicional, tiene los siguientes fundamentos:

1. El Artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia “la guarda de la integridad de la Constitución” y le dió, en consecuencia, la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de Ley objetados por el Gobierno y de “las Leyes o Decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales”. Creada la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el Artículo 42 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, y restablecido el Consejo de Estado por Acto Legislativo de 1914, la disposición transcrita fue interpretada por la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado en el sentido de afirmar la competencia de aquélla para conocer de las acciones incoadas contra los Decretos del Gobierno por inconstitucionalidad y la de éste por motivos de ilegalidad. (Exposición de motivos del proyecto de Ley orgánica del Consejo de Estado y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Pág. 69). Con el fin de obviar las dificultades que se presentaron en la práctica, el Consejo de Estado propuso, en el proyecto del actual Código Contencioso Administrativo, que se atribuya a esta Jurisdicción el conocimiento de las acciones propuestas contra los mencionados Decretos por causa de inconstitucionalidad, como se hizo por el Artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que fue declarado inexecutable por la Corte, mediante sentencia del 7 de julio de 1942, (G. J. Tomo LIII, Pág. 240), por considerarlo violatorio del Artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, en cuanto le quitó el control de constitucionalidad de los mismos.

Pero los Artículos 41 y 53 del Acto Legislativo No. 10. de 1945 *definieron constitucionalmente la naturaleza jurídica de los actos expedidos por el Gobierno y el ámbito de las dos jurisdicciones*, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia, como encargada de guardar “la integridad de la Constitución”, la facultad de “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de Ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las Leyes o Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del Artículo 69 y el Artículo 117 correspondientes, según la actual codificación constitucional, a los Artículos 76 y 121 cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano” y a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento “de las acusaciones por inconstitucionalidad” de los demás Decretos del Gobierno. Este régimen se mantuvo, en lo sustancial, en la Reforma Constitucional de 1968; sólo que los Artículos 14, 39, 42, 43, 71 y 72 del Acto Legislativo No. 10. de ese año agregaron los Decretos a que se refieren los

Artículos 80 y 122 de la actual codificación constitucional e instituyeron el control directo de los Decretos dictados por el Gobierno con base en los Artículos 121 y 122 de la Carta. De manera que la Reforma Constitucional de 1968 reiteró, a este respecto, la tradición, iniciada en la de 1945, consistente en definir constitucionalmente *los actos del Gobierno que se asimilan a la Ley y los que son de índole administrativa*, para delimitar así, por razón de la materia, la competencia de la Corte y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto atañe a la guarda de la Constitución. En otros términos, ésta define taxativamente *por vía de autoridad, los actos del Gobierno que tienen fuerza de Ley y, por exclusión, los que son administrativos*, para determinar, en consecuencia, la jurisdicción competente para conocer de las acciones que se promuevan contra ellos.

2. El Constituyente funda la distinción, desde el punto de vista material o de contenido, en la consideración de que son *Decretos con fuerza de Ley* los dictados por el Gobierno en *sustitución del legislador*, como en los casos de los Artículos 76, Ordinal 12, 80, 121 y 122 de la Constitución, o *con su autorización*, como sucede con las facultades especiales que ejerce “dentro de la órbita constitucional”, de conformidad con el Artículo 76, Ordinal 11, de la Carta, por mandato legal, mientras que los Decretos administrativos, incluidos los reglamentos constitucionales o autónomos, *tienen por finalidad la ejecución o cumplimiento de la Constitución y la Ley*. Los primeros son, como la Ley, condicionantes, mientras que los segundos están condicionados por la Constitución o la Ley: aquéllos implican la posibilidad jurídica de adoptar, como sucede con la Ley, las opciones políticas en las correspondientes materias, éstos, por el contrario, la de realizar o ejecutar la Constitución y la Ley.

3. Es cierto que se han cuestionado las soluciones constitucionales expuestas; pero, por una parte, desde el punto de vista teórico o doctrinal, de *lege ferenda*, no de *jure condito*, no acogido por el Constituyente; además, para significar que los Decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades especiales o extraordinarias no pueden asimilarse a la Ley, porque aquéllos se dictan en ejercicio de facultades ordinarias y éstos son “un ensanche de la potestad reglamentaria”, no una transferencia de poder, sino sólo una “delegación de materia” (Tulio Enrique Tascón, Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, Edit. Minerva, Pág. 143). De manera que, aún aceptándolo en gracia de discusión, este criterio de la doctrina no contradice lo expuesto, por el contrario, lo confirma: si hasta los Decretos-Leyes y especiales deberían jurídicamente reputarse como administrativos, a *fortiori* lo son los reglamentos constitucionales o autónomos, que no están comprendidos por los Artículos 118, Ordinal 8o., y 214 de la Constitución entre los Decretos con fuerza de Ley sino definidos implícitamente, por el Artículo 216 *ibídem*, como actos administrativos.

4. Este criterio también fue sustentado por el Gobierno en los Artículos 32 y 33 del Primer Proyecto de Reforma Constitucional, al hacer una clara distinción entre los Decretos que tienen “fuerza legislativa”, como reza la exposición de motivos (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 58). y los dictados por el Gobierno en ejercicio de facultades administrativas. Además, la misma exposición de motivos, para explicar la tendencia del proyecto a ampliar las facultades del ejecutivo, hizo expresa alusión a la jurisprudencia, antes transcrita, que definió la naturaleza jurídica de los reglamentos autónomos, en cuanto dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, como actos administrativos, a saber:

“La jurisprudencia nacional, de otra parte, ha puesto de presente la tendencia que animó al Constituyente de 1945 en esta materia, y descubierto el mayor radio de acción que le incumbe al Ejecutivo en estos campos, *en importantes decisiones sobre la potestad reglamentaria, entre las cuales sobresale la sentencia del 10 de octubre de 1962. . .*” (la Sala subraya) (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 45).

Es decir, el Gobierno invocó la expuesta jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los reglamentos constitucionales o autónomos, no para que se le otorguen facultades legislativas sobre los aspectos a que se refería, sino para que se instituyan las Leyes cuadros, que se deben desarrollar por medio de Decretos reglamentarios, como son aquéllos, sobre “la idea básica de que en materias económicas, fiscales y administrativas el Legislador debe limitarse a señalar pautas generales al Ejecutivo, dictando únicamente las orientaciones políticas en dichas materias. . .” (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 44).

5. La ponencia para primer debate en el Senado del Proyecto Unificado de la Reforma Constitucional de 1968, suscrita por el doctor Raúl Vásquez Vélez, confirma lo anteriormente expuesto en relación con los Decretos expedidos por el Gobierno con fuerza de Ley, a que se refiere el Artículo 118, Ordinal 8o. de la Constitución, a saber:

“En el numeral 8o. se agrega “dictar los Decretos con fuerza legislativa que ellos contemplan”, para calificar la naturaleza jurídica de estos Decretos, como lo hace hoy en día la Constitución, respecto de los Decretos de estado de sitio. Se define así que tanto los Decretos llamados por la doctrina “extraordinarios”, producto jurídico de las facultades concedidas al Gobierno en virtud de lo dispuesto en el Ordinal 12 del Artículo 76, como los “legislativos” del estado de sitio y los nuevos tipos de Decretos que surgen de las atribuciones gubernamentales contenidas en los Artículos 91 y 122 de la Codificación *tienen fuerza legislativa, esto es, efectos en frente de las Leyes*

igual al de ellos, para suspenderlas, modificarlas o derogarlas, en las condiciones de expedición que para cada uno de ellos están contempladas, pero con la salvedad de que, como se establece en su lugar, los Decretos dictados en ejercicio de las facultades del Artículo 121 sólo pueden suspender las Leyes contrarias a los requerimientos del orden público. Así las competencias propias de la Ley pueden cumplirse por el Gobierno cuando se realicen las condiciones constitucionales para expedir los Decretos comentados. . . ” (la Sala subraya). (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 505).

6. Y el doctor Hernán Toro Agudelo, quien participó en la discusión de la reforma, tras afirmar que se trata de cinco casos de Decretos con fuerza de Ley definidos taxativamente por el Artículo 118, Ordinal 8o., de la Constitución, sostiene también que este régimen “tiene plena confirmación en el texto y el espíritu de las normas que entre nosotros organizan el control jurisdiccional que regula el título XX de la Constitución, que como es bien sabido distribuye las competencias del caso entre la Corte Suprema de Justicia para las Leyes en sentido formal, o sea las expedidas por el Congreso, y los Decretos que tienen fuerza de Leyes; y el Consejo de Estado para los demás actos de tipo administrativo, como algunos del Congreso que no tienen forma de Leyes, y todos los Decretos del Gobierno que carecen de fuerza legislativa. De ahí que al asignar el conocimiento de los negocios, en el Artículo 214 se vuelvan a mencionar taxativamente los Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades de los numerales 11 y 12 del Artículo 76, del Artículo 80 y de los originados en los Artículos 121 y 122; al paso que en el Artículo 216 se insiste, casi con redundancia, en que corresponde al Consejo de Estado la atribución de decidir sobre los demás Decretos “cuando no sean de los expedidos en el ejercicio de las facultades de que tratan los Artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución” . . . ” (Hernán Toro Agudelo, *La Intervención Presidencial en el Banco Emisor y en el Ahorro Privado*, Edit. Lealón, Págs. 94 y 95).

Las conclusiones. De lo expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

a) Las ramas legislativa y administrativa del Poder Público tienen funciones separadas y armónicas. En consecuencia, no puede existir, en el ejercicio de las mismas, la posibilidad lógico-jurídica de que existan entre ellas competencias idénticas o contrapuestas, sino complementarias, sobre la base de que la Constitución constituye un conjunto institucional coherente y unitario, como prevén los Artículos 2o. y 55 de la Carta, y como sucede, por ejemplo, con la Ley y el Decreto que la reglamenta. El quebranto de cualquiera de sus preceptos, en ejercicio de la función

legislativa o de la administrativa, implica la posibilidad jurídica de ocurrir, respectivamente, a la Corte Suprema de Justicia o a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa – entidades cuya existencia, tendiente a idéntica finalidad, demuestra por sí misma la unidad intrínseca de la Constitución – de conformidad con los Artículos 214 y 216 para restablecer el orden jurídico instituido por la misma.

b) La Reforma Constitucional de 1968 amplió, en relación con el Congreso y según la tendencia general, las atribuciones del Gobierno: le dio la iniciativa de algunos proyectos de Ley, amplió la facultad de sustitución del legislador, en los casos de los Artículos 80 y 122 de la Carta y le adscribió la de desarrollar, en materias específicas, las orientaciones de principio o general de la Ley, sin perjuicio de la competencia que tiene el Congreso, por cláusula general, de legislar y ejercer el control de la Administración, sobre la base de que corresponde al Presidente, “como suprema autoridad administrativa”, cumplir y tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de la Ley. Con esta reforma, comenta el doctor Luis Carlos Sáchica, “se trataba de lograr una necesaria redistribución de competencias entre legislativo y ejecutivo, de modo que las facultades de naturaleza normativa se radicaran preferentemente en aquél y las de carácter puramente administrativo quedaran en cabeza de éste, ya que anteriormente la distribución que existía no era sistemática. . . Y, finalmente, es pertinente aclarar que si hubo traspaso de funciones del Congreso al Ejecutivo, en último término, con fidelidad democrática, la decisión y el control siempre corresponden al legislador, aunque la iniciativa haya partido del Gobierno, conservándose la razón de ser de tal cuerpo y la esencia de su función política. . .” (El Reforzamiento del Ejecutivo Nacional en la Reforma Constitucional de 1968, Administración y Desarrollo, Escuela Superior de Administración Pública, No. 11, Pág. 92).

c) La Ley se determina por los criterios orgánico y formal y sólo excepcionalmente, en los casos taxativamente señalados por los Artículos 80, 76, Ordinales 11 y 12, 118, Ordinal 8o., 121, 122 y 214 de la Constitución, el Gobierno puede dictar Decretos con fuerza de Ley. En los demás, incluidos los reglamentos autónomos, sus prescripciones, aunque obligatorias, no tienen la fuerza de Ley y, por lo mismo, no la pueden suspender, reformar ni derogar. Los reglamentos autónomos excepcionalmente pueden modificar o derogar la legislación preexistente a una reforma constitucional, si por ésta se transfiere exclusivamente al Gobierno una materia de la competencia del Congreso, la cual así se convierte en administrativa.

6. *La Ley y los derechos civiles y garantías sociales.* El título III y demás disposiciones concordantes de la Constitución regulan los “derechos civiles y garantías sociales” en los siguientes aspectos esenciales:

1. La Constitución los reconoce, conforme a la doctrina moderna, como el conjunto de derechos, individuales, políticos y sociales, "que merece una protección jurídica especial" (Jean Rivero, *Cours de Libertés Politiques*, Paris, Les cours de Droit, Pág. 15) y que determina el ámbito de actuación del poder del Estado y sus deberes fundamentales con la sociedad (Artículos 16 y 20); a este respecto, de modo especial debe realizar la intervención económica, con el fin de lograr, mediante la planificación, como prescribe el Artículo 32 de la Constitución, "el desarrollo económico" que "tenga como objeto principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular". En esta forma la Constitución define y garantiza los derechos humanos, reconocidos en declaraciones universales, como los Pactos Internacionales de "Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y de "Derechos Civiles y Políticos", suscritos por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificados por la Ley 74 de 1968, que obligan a todas las ramas del poder, como preceptos de orden público, con la finalidad y dentro de las limitaciones que establece.

2. Aparte de las garantías generales, como la separación de funciones entre las ramas del poder público y la posibilidad de ocurrir a los organismos jurisdiccionales en caso de violación, la Constitución regla estos derechos en diferentes formas:

Instituye, para garantizarlos, prohibiciones absolutas, como en los Artículos 22, 29, 34, 47 y 49, obligatorias para todas las ramas del Poder Público; determina directamente los derechos y las limitaciones, como en los Artículos 21, 24, 25, 28, Inc. 2o., 30, 45, 46, 48 y 52; permite delimitarlos o vigilar su observancia, como en los Artículos 36, 39, Inc. 2o., y 120, Ordinal 14, mediante atribuciones especiales que otorga al Gobierno, y defiere a la Ley, en lo demás, su garantía, reglamentación, limitación o desarrollo (Artículos, 12, 15, 17, 18, 19, 23, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 50, 51, 62, 130 y 132).

3. La remisión que la Constitución hace a la Ley, en la forma indicada, tiene los siguientes fundamentos:

i) Desde el punto de vista histórico, el régimen constitucional colombiano adoptó, a este respecto, la doctrina clásica, que afirma la necesidad de delimitar el poder público y de definir los derechos particulares y que considera que el Derecho Constitucional ha sido y "es esencialmente la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el Estado" (André Hauriou, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Edit. Monnerestien, Págs. 26 y 28). Para garantizar esos derechos se instituyeron las ramas del poder público, una legislativa, originaria del pueblo y encargada de hacer las Leyes, y otra ejecutiva con el deber de cumplirlas, en tal

forma que por la desconcentración del poder, y la precedencia del legislador, no exista posibilidad de abuso del ejecutivo, contra el cual se expedieron las primeras constituciones (Bernard Chenot *Organization Economique de L'Etat*, Paris, Edit. Dalloz, Pág. 71).

ii) Las reformas constitucionales posteriores, sobre todo la de 1968, acentuadamente intervencionistas, aumentaron los poderes de la rama ejecutiva, para permitirle, como se expuso, el dinamismo necesario para afrontar ágil y prontamente los problemas de la realidad contemporánea, pero dejaron a la legislativa, además de la general de hacer las Leyes, las atribuciones específicas sobre los “derechos civiles y garantías sociales”, denominados por la doctrina “libertades Públicas”, como ámbito institucional que tradicionalmente le ha sido reservado. Esto se explica porque la mayoría de estos derechos tienden a impedir, histórica y realmente, el abuso de la rama ejecutiva que es la única que está en posibilidad de infringirlos; porque se trata de decisiones políticas, limitantes del poder del Estado y de los derechos particulares, inherentes a las atribuciones del Congreso y porque, mientras las medidas que adopta la Administración, por su propia naturaleza y finalidad, son cambiantes, como así lo entendió el Constituyente de 1968, las que dicta el Congreso tiene mayor permanencia y publicidad y realizan, por lo mismo, la finalidad esencial de la Ley, en materia de fundamental importancia, de instituir “un orden cierto y eficaz” para todos (Luis Recasens Siches, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, Edit. Fondo de cultura Económica, Pág. 211), a manera de “cristalización de su poder creador” (P. Armand y otros, *L'idée de Philosophie Politique*, Paris Presses Universitaires de France, Pág. 4), sin perjuicio de que pueda conceder al Gobierno facultades extraordinarias, limitadas y *pro tempore*, con tal finalidad.

La mayoría de las Constituciones extranjeras adopta principios semejantes. Así el Artículo 34 de la actual Constitución Francesa atribuye al Parlamento, entre las materias que exclusiva y exclusivamente le reserva, la facultad de fijar las reglas sobre “los derechos civiles y las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas”, no obstante que el Artículo 37 *ibidem* da a las restantes materias “carácter reglamentario” y que este estatuto fué expedido por inspiración o iniciativa del Gobierno Francés; hasta la Ley de “plenos poderes”, del 3 de junio de 1958, que prefiguró la Constitución, excluyó “de la competencia del Gobierno las materias reservadas a la Ley por la tradición constitucional, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de derechos de 1789” (Georges Burdeau, Paris, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Págs. 410 a 416). Y la “Ley fundamental de la República Federal Alemana” define, en el Artículo I, los “derechos fundamentales” que, según prescribe el Artículo 10, número 3, “tienen valor de derecho

directamente aplicable, obligatorio al legislador, a la administración y a las jurisdiccionales”, con las solas limitaciones que establezcan las Leyes, en los casos expresamente señalados por esa Constitución (Leyes Constitucionales, Maarid, Edit. Taurus, Págs. 167 a 173).

iii) En fin, la doctrina también explica esta reserva de competencia legislativa por otros motivos de carácter político, como la mayor participación de la población, a través de sus diferentes representantes, en la expedición de la Ley, la posibilidad de una más amplia discusión de los proyectos de Ley, favorecida por los mecanismos del trabajo parlamentario, y la índole misma de la Administración, cuyo dinamismo, ante los apremios constantes de la realidad, no le permitiría autolimitarse sino que, por el contrario, podría inducirla a extralimitarse y a desconocer, por ende, los derechos humanos (Jean Rivero, Op. Cit. Págs. 43 a 45):

7. *La Ley y la creación de personas jurídicas.* La Constitución atribuye al legislador determinar el régimen de las personas jurídicas conforme a los siguientes principios:

a) Permite “formar compañías, asociaciones y fundaciones, que no sean contrarias a la moral o al orden legal”; prescribe que “las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas” y que “la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la Ley colombiana”. Se instituyó así, por los Artículos 12 y 44 de la Constitución, correspondientes a los Artículos 60. y 20, Inc. 1o. del Acto Legislativo No. 1o. de 1936, que reemplazaron los Artículos 14, 47 y 49 de la Constitución de 1886, el derecho de asociación, dentro del “orden legal”; inclusive se reconocen “las asociaciones religiosas”, si constituídas mediante la debida autorización, “para que puedan quedar bajo *la protección de las Leyes*” (la Sala subraya). De tal manera que, por este aspecto, en lo no previsto por la Constitución, el legislador tiene la atribución de determinar el régimen de las personas jurídicas de derecho privado.

Es cierto que el Artículo 12 hace parte del Título II de la Constitución, sobre “los habitantes, nacionales y extranjeros”, y que se refiere a la “Ley colombiana” para aludir a “las sociedades y demás personas jurídicas” de procedencia extranjera. Pero, por una parte, coordinadamente con el Artículo 44 de la Constitución, defiere a la Ley la determinación del régimen de las personas jurídicas de derecho privado; en segundo lugar, si alude a la “Ley colombiana” al referirse a las personas jurídicas de procedencia extranjera, implícita y lógicamente comprende a las de origen nacional, con la finalidad de someter aquéllos, como sucede con éstas, a la legislación del País. “Podría creerse –afirma el doctor Francisco de Paula Pérez– que el texto de la reforma aludió únicamente a los casos de pugna entre

las distintas legislaciones y que la colisión presentada debe resolverse aplicando la Ley colombiana, por estar actuando las compañías en territorio de la República. Sin embargo los términos son más absolutos y parecen referirse a todo el conjunto de actividades, pues que arrancan desde *la capacidad, el reconocimiento*, y llegan hasta *el régimen* de las sociedades en su alcance pleno. . . ” (El autor subraya). (Derecho Constitucional Colombiano, Edit. Librería Voluntad, Págs. 154 y 155); además, según la historia fidedigna del estallamiento de la disposición, no sólo tiene por finalidad evitar, como preveía el Artículo 14 de la Constitución de 1886, que “las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas” aleguen o se arroguen mayores derechos de los reconocidos a los nacionales, sino darles a todas *un tratamiento legislativo igualitario*, exclusivamente nacional y desligado, por lo mismo, de la legislación foránea como sucede, en cuanto a derechos civiles, entre nacionales y extranjeros, pero con las limitaciones que establezca la Ley, respecto de los últimos, de conformidad con el Artículo 11 de la Constitución, por motivos de orden público (Tulio Enrique Tascón, Derecho Constitucional Colombiano Edit. La Gran Colombia, Págs. 57 y 58; Eduardo Fernández Botero, Las Constituciones Colombianas Comparadas, Tomo II, Edit. Universidad de Antioquia, Pág. 28).

De lo expuesto se deduce que, si la Reforma Constitucional de 1936 consistió, a este respecto, en someter las sociedades de procedencia extranjera al régimen jurídico colombiano, el Artículo 12 de la Constitución, que remite a la Ley —como el Artículo 44 *ibidem*— el determinar “la capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas”, comprende también a las de origen nacional; así también lo entendió la jurisprudencia de la Corte, en sentencia del 13 de marzo de 1937, por la cual declaró executable la Ley 62 de 1936 (Cit. por Néstor Pineda, Jurisprudencia Constitucional de la Corte, Tomo II, Edit. Temis, Págs. 257 y 258).

b) La Constitución también atribuye al legislador la facultad de crear, reglamentar o regular directamente las demás personas jurídicas, a saber:

i) El Artículo 76, Ordinal 5o., de la Constitución atribuye al legislador la creación de Departamentos, Intendencias y Comisarías, de conformidad con los requisitos prescritos por los Artículos 5o. y 6o. de la misma Carta, y “fijar las bases y las condiciones para la creación de Municipios”. La Nación y estas entidades constituyen la organización administrativa de carácter territorial del País, y, según lo prescrito por los Artículos 80 de la Ley 153 de 1887 y 1o. de la Ley 2a. de 1943, son personas jurídicas de derecho público.

ii) El Artículo 76, Ords. 9o. y 10o., de la Constitución faculta al legislador para crear establecimientos públicos nacionales, empresas indus-

triales y comerciales del Estado, autorizar la participación de éste en sociedades de economía mixta y expedir los estatutos básicos de las entidades mencionadas. Los establecimientos públicos nacionales, que constituyen la descentralización por servicio de la Nación, son personas jurídicas de derecho público (Artículo 5o. del Decreto-Ley No. 1050 de 1968), mientras que las demás entidades mencionadas lo son de derecho privado, sin perjuicio de que excepcionalmente cumplan funciones públicas (Artículos 7o. y 8o. del Decreto-Ley No. 1050; 1o., 3o., 31, 33, y 36 del Decreto-Ley No. 3130 de 1968).

iii) Asimismo, según el Artículo 76, Ordinal 10o. de la Constitución, corresponde al legislador “regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los Artículos 62 y 132 y demás preceptos constitucionales”. Esta disposición reitera el principio de la cláusula general de competencia del Congreso para legislar y le permite adoptar otras medidas sobre personas jurídicas, como las previstas por la misma Constitución, a saber: reglamentar las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios; determinar las categorías de municipios y las condiciones o requisitos para la organización del Distrito Especial de Bogotá; las normas de coordinación de los planes y programas de desarrollo económico y social de la Nación, los Departamentos y los Municipios y las bases para la creación de establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales y sociedades de economía mixta de los Departamentos y Municipios (Artículos 187, Ords. 2o. y 6o. 189, 197, Ord. 4o., 198 y 199 de la Constitución).

De lo expuesto se concluye que, según la Constitución, el Congreso tiene facultad privativa y excluyente para determinar el régimen de las personas jurídicas y disponer su creación, a causa de su eminente función de adoptar las decisiones políticas fundamentales. El Gobierno, de conformidad con el Artículo 79 de la Constitución, sólo tiene, a este respecto, la iniciativa para “crear ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos”, crear o traspasar servicios a cargo de la Nación y autorizar “aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales” porque, como se expuso, según el principio de la competencia de atribución, que se fundamenta en los Artículos 20 y 63 de la Constitución, los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que les esté permitido o prescrito expresamente. Tal fue también el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de mayo de 1971, sobre los alcances, al respecto, del Ordinal 12 del Artículo 120 de la Constitución, que atribuye al Gobierno la facultad de “reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional”, a saber:

“Al Congreso le corresponde, en general la creación de los servicios docentes oficiales, directos o descentralizados, es decir, de aquellos

cuya prestación deba o quiera asumir la Nación, así como autorizar el traspaso de los que deben quedar a cargo de ésta, fundándose en lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 79 y en el ordinal 9o. del Artículo 76 de la Constitución, facultad que comprende la de organización de los instrumentos que deben atender los servicios creados o traspasados, así como la asignación de sus objetivos, de acuerdo con el Artículo 41 del mismo estatuto. Esta competencia legislativa es aún más precisa, cuando los servicios educativos oficiales deben ser atendidos por organismos de los previstos en el ordinal 10o. del Artículo 76, casos en los cuales es la Ley la que debe no sólo crearlos sino darles sus estatutos básicos, vale decir: determinar sus órganos de gobierno, las funciones globales de la entidad y de sus órganos, los medios y procedimientos de operación. . . .” (Anales, Tomo LXXX, Pág. 42).

8. *La noción del orden público económico.* Es verdad sabida que el Estado instituye *un orden*, con base en la estructura socio-económica, que lo condiciona, tendiente a la realización de un determinado régimen político. Desde el punto de vista institucional, la Constitución prescribe los principios esenciales que rigen la economía de un país que, como preceptos obligatorios y condicionantes de la actividad del Estado y de los particulares, constituyen el *orden público económico*. Este en la actualidad se tipifica esencialmente, sin perjuicio de las diferencias específicas, en los sistemas económicos capitalista, socialista e intervencionista, a saber:

1. El sistema capitalista, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en el provecho individual, *garantiza* el espontáneo desenvolvimiento de la economía de mercado, según sus propias Leyes, especialmente el de la “eficacia óptima”: se trata del Estado instituido para *permitir* y garantizar el libre juego de las fuerzas económicas; 2) El sistema socialista, que constituye la antítesis del primero, postula la propiedad colectiva de los medios de producción y el rendimiento, según la calidad y la cantidad de trabajo, como fuente del ingreso, en un marco o contexto de economía planificada y coincidente con el plan político: mientras en aquél la economía se desarrolla prevalecientemente en un contexto institucional de derecho privado, en éste en uno de derecho público; 3) El sistema intervencionista o de economía dirigida se caracteriza porque el Estado, dentro de una estructura de economía capitalista, pseudo o pre-capitalista, “ejerce una acción dinámica sobre los hechos económicos” (Bernard Chenot, Op. Cit., Pág. 19). El Estado “valoriza” así, mediante tendencias o políticas, enunciadas por la Constitución y desarrolladas por la Ley, la “eficacia óptima” de la economía, con su directa participación. De donde se sigue que todos los sistemas políticos instituyen un orden económico obligatorio y garantizado por el Estado; que todos definen la **estructura** económica fundamental del país; que en todas se da la corre-

lación esencial entre Derecho y Economía, característica del *orden público económico*, significativamente denominada por la doctrina alemana “constitución económica” (Alex Jacquemin y Guy Schrans, *Le'Droit Economique*, Paris, Presses Universitaires de France, Pags. 64 y 65).

9. *El orden público económico en la Constitución.* La Constitución define el orden público económico:

Instituye las siguientes bases o principios constitutivos de la estructura económica del país, que determinan, a este respecto, *los derechos particulares, el ámbito de la actividad del Estado y el significado esencial de las atribuciones otorgadas a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público:*

1. Las autoridades, que “están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, sólo pueden hacer lo que les esté permitido por la Constitución y la Ley y son responsables por sus omisiones y extralimitaciones, mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido por las mismas. Esto no obsta para que, según la Constitución, la Ley excepcional y específicamente el Gobierno— pueda condicionar, limitar o regular el ejercicio de los derechos particulares en interés público o social (Artículos 16, 20, 39, Inc. 2o., 76 y 120, Ordinal 14, de la Constitución).

2. Se reconoce y garantiza la propiedad privada, incluida la de los medios de producción, que “es una función social que implica obligaciones”, “la iniciativa privada y la libertad de empresa dentro de los límites del bien común”, que el legislador puede definir, con la consiguiente posibilidad del lucro o beneficio. Esto sin perjuicio de que, “por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador”, pueda haber expropiación en los casos y en la forma prescritos por la Constitución: que en caso de conflicto, por los mismos motivos indicados, el interés privado deba ceder ante el “público o social” y que “la dirección general de la economía” esté “a cargo del Estado”, el cual la debe intervenir, “por mandato de la Ley”, para realizar los planes de desarrollo económico y social, lograr así el desarrollo del país y “dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, conforme a una política de ingresos y salarios. . .” (Artículos 16, 30, 32, 33, 35, 36 y 37 de la Constitución). Se determina en esta forma la característica, prevaleciente de la economía del país, de estructura capitalista, pero concurrentes con la actividad directa del Gobierno con la finalidad macroeconómica y social definida por la Constitución.

3. Se prohíben la esclavitud y la pena de confiscación; “toda nueva emisión de papel moneda de curso forzoso” y los monopolios, que sólo se permiten, previa indemnización a quienes ejerzan “una industria lícita”, “como arbitrio rentístico y en virtud de Ley”; la concesión de privilegios, excepto los referentes “a inventos útiles y a vías de comunicación”, y la existencia de “bienes raíces que no sean de libre enajenación”, salvo los que estén afectos al patrimonio familiar, u “obligaciones irredimibles” (Artículos 22, 31, 34, 37 y 50 de la Constitución).

4. Se reconoce y garantiza la libertad de escoger profesión u oficio y el derecho de asociación, dentro de las prescripciones de la Ley, que puede ordenar “la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes y conducciones y demás servicios públicos”. Las autoridades deben inspeccionar “las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas” (Artículos 39 y 44 de la Constitución).

5. “El trabajo es una obligación social” que “gozará de especial protección del Estado” y se “garantiza el derecho de huelga”, excepto en los servicios públicos, conforme a la Ley (Artículos 17, 18 de la Constitución).

6. Los particulares están obligados a pagar los impuestos o contribuciones, ordinarios y extraordinarios, creados de conformidad con la Constitución y la Ley (Artículos 43, 76, Ordinal 14, 187, Ordinal 7o., y 197, Ordinal 2o. de la Constitución).

7. El Presidente de la República, como “suprema autoridad administrativa,” debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes: se trata del ejercicio de la función administrativa que está condicionada por los preceptos constitucionales y legales, de diferente jerarquía y órbita de validez, *con la finalidad esencial de ejecutarlos*.

8. Si sobrevinieren hechos, “distintos de los previstos en el Artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el *orden económico o social* (la Sala subraya) o que constituyan también grave calamidad pública”, el Gobierno puede, con los requisitos y dentro de los límites prescritos por la Constitución, declarar “el estado de emergencia” y “dictar Decretos con fuerza de Ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos” (Artículo 122 de la Constitución).

De los principios expuestos se deducen las siguientes conclusiones:

i) La Constitución reconoce y garantiza la libre actividad económica de los particulares, con las restricciones impuestas por la misma Constitución

y la Ley: ii) *La economía privada o de mercado* concurre con la actividad económica del Estado en la realización de sus objetivos generales y de los especiales tendientes, según la Constitución, a lograr “el desarrollo integral” de la economía del país; iii) El Estado, en cumplimiento de este objetivo, tiene la posibilidad jurídica de condicionar, limitar, restringir y dirigir la actividad económica particular, según la Constitución, mediante *preceptos legales de orden público* —excepcionalmente, en los casos de los Artículos 76, Ordinal 12, y 122 de la Constitución, por medio de Decretos con fuerza de Ley— porque implican *las opciones políticas fundamentales y obligatorias* referentes a la estructura económica del país; iiiii) La actividad económica del Estado, según lo expuesto, tiende a incrementarse, sobre la base de reconocer, como en la exposición de motivos al proyecto de Reforma Constitucional de 1968 que instituyó los planes y programas de desarrollo económico y social (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 45), que “sólo una política dirigida correcta, audaz y corajudamente por el Estado es capaz de poner fin progresivamente al subdesarrollo. . .” (Charles Bettelheim, *Planification et croissance accélérée*, París, Edit. Maspero, Pág. 47); iiiiii) Definida la estructura económica del país por la Constitución, sus principios, desarrollados por la Ley o directa y excepcionalmente por la propia Constitución, *deben cumplirse o hacerse cumplir* por el Presidente de la República, como “suprema autoridad administrativa”, en ejercicio de la potestad reglamentaria (Artículo 120, Ordinal 3o., de la Constitución). Sólo por excepción el Presidente puede ejercer facultades especiales dadas por la Ley (Artículo 76, Ordinal 11, de la Constitución), según el alcance de ésta y “dentro de la órbita constitucional” que le corresponde.

10. *La intervención del Estado en la economía del País.* El término *intervención*, que en sentido genérico significa “cualquier tipo de medida de política económica tendiente a producir un beneficio social” (W. H. Heller, *Diccionario de Economía Política*, Edit. Labor, Pág. 267), tiene en el Derecho Constitucional Colombiano dos acepciones, una amplia o extensiva y otra facultativa o permisiva.

1. *La intervención extensiva del Estado.* Este concepto expresa el conjunto de disposiciones, constitucionales y legales, que delimitan o condicionan el ejercicio de la actividad particular, en relación con la del Estado; no implican que éste se inmiscuya directamente, con una finalidad integral, en la economía del país, pero sí repercuten en ella mediata o inmediatamente. Son preceptos de orden público por los cuales, considerados en conjunto, la Constitución y la Ley determinan, orgánica y funcional o materialmente, los sectores públicos y privado de la economía nacional. Constituyen las regulaciones específicas del Estado, *por el hecho de serlo y como consecuencia de su estructura fundamental*, que necesariamente inciden en el sector privado de la economía, *como normas de orden público*.

Tal es el caso de las Leyes que expide el Congreso en ejercicio de sus atribuciones constitucionales de “determinar —por iniciativa del Gobierno la estructura de la administración nacional”, las escalas de remuneración de las diferentes “categorías de empleos” y “el régimen de sus prestaciones sociales” (Artículos 76, Ordinal 9o. y 79, Inciso 1o., de la Constitución); “regular los otros aspectos del servicio público, como lo previstos en los Artículos 62 y 132 de la Constitución, crear y “expedir los estatutos básicos” de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta “y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar” (Artículo 76, Ordinal 10o.); “establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración” y “decretar impuestos extraordinarios cuando las necesidades lo exijan” (Artículos 43 y 76, Ordinales 13 y 14, de la Constitución); “fijar la Ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas” (Artículo 76, Ordinal 14, de la Constitución); expedir, por iniciativa del Gobierno las normas generales “para organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” (Artículos 76, Ordinal 22, y 79 Inc. 1o. de la Constitución); decretar por iniciativa del Gobierno, “inversiones públicas y privadas”; ordenar “participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas”; crear “servicios a cargos de la nación” o transferencias de las mismas”; crear “servicios a cargos de la nación” o disponer su traslado a ésta; autorizar “aportes o suscripciones del Estado a empresas comerciales o industriales” y establecer “exenciones de impuesto”, contribuciones o tasas nacionales” (Artículo 79, Inc. 2o., de la Constitución) y expedir, por iniciativa del Gobierno, “las normas orgánicas del presupuesto nacional” (Artículos 76, Ordinal 4o., y 79, Inc. 1o., de la Constitución). El Estado interviene, en fin, en la economía hasta con el ejercicio de las atribuciones genéricas, que se traducen en regulaciones especiales, según la materia (Artículos 77 y 92 de la Constitución), de “interpretar, reformar y derogar las Leyes preexistentes” y “expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones” (Artículo 76, Ords. 1o. y 2o., de la Constitución).

En consecuencia, se trata de la intervención que tradicionalmente ejerce el Estado en la economía del país, a causa de su propia existencia y de su orientación fundamental, que ha existido aún en los regímenes reconocidos como típicamente no intervencionistas —“aún cuando pretende desinteresarse de la vida económica, el Estado interviene, porque deja hacer” (Raymond Barre, *Economie Politique*, Tomo 1o., Presses Universitaire de France, Pág. 121)—, como el conjunto de los factores que hace posible su existencia. Esta intervención, que existió antes y después de la vigencia de la Constitución de 1886, se ha incrementado paulatinamente, sobre todo, a consecuencia de las reformas constitucionales de 1936, 1945 y 1968.

Este mismo criterio, fue sustentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de junio de 1969, de la cual fue ponente el doctor Hernán Toro Agudelo, al afirmar que “hay en la constitución de 1886 preceptos claros que reservan al Estado la dirección, control o regulación de determinadas actividades o la imposición de ciertas cargas”, diferentes de la intervención genérica que consagró el Artículo 32 de la Constitución, correspondiente a la reforma de 1936, con las posteriores de 1945 y 1968, que “no excluye ni hace redundantes o inútiles las demás atribuciones constitucionales que autorizan de tiempo atrás un intervencionismo específico. . .” (Derecho Colombiano, Jurisprudencia, Tomo I, No. 10., Págs. 54 y 56). Y el doctor Darío Múnera Arango, citado también en la mencionada providencia de la Corte, tras hacer un balance histórico de la actividad económica del Estado, afirma que ella “no es asunto de estos días únicamente” porque, “ya como fin principal, ya como objetivo secundario, el Estado ha influido en la economía por cuantos medios ha tenido a su alcance. . .” (El Derecho Económico, Imprenta Nacional, Pág. 58).

Así sucede también con las funciones tradicionales del Gobierno, como “suprema autoridad administrativa”, que inciden en la actividad económica del país, de inspeccionar “las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, salubridad o seguridad pública” y “ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles conforme a las Leyes” y con la reciente, correspondiente al Artículo 41 del Acto Legislativo No. 10. de 1968, de ejercer “la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado” (Artículos 39, Inc. 2o. y 120, Ords. 14 y 15, de la Constitución).

2. *La intervención permisiva del Estado.* Este tipo de intervención del Estado en la economía del país, permisivo y genérico, se caracteriza porque la Constitución *lo habilita*, “por mandato de la Ley”, para inmiscuirse en el sector privado o particular de la economía con la finalidad señalada por la misma Constitución. Se diferencia del anterior, de intervención extensiva, en que permite al Estado dirigir, orientar, condicionar o restringir la libertad económica particular, que aquél delimita y distingue, orgánica y funcionalmente, del sector público, con el objeto de *realizar* la finalidad programática de la Constitución: mientras aquél en el fondo es estático, éste implica *una dinámica acción macroeconómica y de orden público*. Constituye “la posibilidad constitucional de limitar, hasta donde se considere necesario y conveniente, la libertad económica consagrada en la propia Carta, con las restricciones especiales que otras normas ya habían establecido. . .” (Hernán Toro Agudelo, Op. Cit., Pág. 21).

La Reforma Constitucional de 1968 vincula esta forma genérica de intervención del Estado a la finalidad inmediata de realizar la racionalización y la planificación de la economía para lograr “el desarrollo integral” y “dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales”, dentro de una política de ingresos y salarios”.

i) *La racionalización y la planificación de la economía.* Se trata de dos conceptos económico-políticos diferentes, pero concordantes, a saber:

La racionalización de la economía. El Artículo 11 del Acto Legislativo No. 10. de 1936 instituyó por primera vez la posibilidad de que el Estado pueda intervenir “en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”. Esta disposición, modificada sucesivamente por los Artículos 40. del Acto Legislativo No. 10. de 1945 y 60. del Acto Legislativo No. 10. de 1968, mantuvo, al respecto, la posibilidad jurídica de que el Estado *racionalice*, “por mandato de la Ley”, la economía del país. Sólo que, de optativa en su etapa inicial, devino, con la Reforma Constitucional de 1968, en obligatoria.

Este término significa, desde el punto de vista microeconómico, “organizar la producción o el trabajo de manera que aumente los rendimientos o reduzca los costos con el mínimo esfuerzo” (Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Real Academia, Pág. 1099). Extendido este concepto al conjunto de la economía del país como lo hace el Artículo 32 de la Constitución, implica la posibilidad jurídica de que el Estado, “por mandato de la Ley”, intervenga en todo el proceso de “producción, distribución, utilización y consumo de los bienes”, como también, “en los servicios públicos y privados”, con el objeto de imponer la mayor eficacia técnica y administrativa para lograr, al menor costo social, el máximo rendimiento económico para “el desarrollo integral” del país, asegurar el pleno empleo y realizar la “justicia social”. Por consiguiente, el precepto constitucional, que no tiene un limitado alcance taylorista, *es aplicable a toda la economía del país*, sin excepción alguna, incluido el sector público, con la indicada finalidad institucional. Consiste en “intervenir en las actividades de producción, distribución y consumo de la riqueza, para *ordenar jurídicamente* (el actor subraya) todo el ciclo de la vida económica. . .” (Darío Múnera Arango, Op. Cit. Pág. 237).

La planificación de la economía. El Artículo 70. del Acto Legislativo No. 10. de 1945, que sustituyó el Artículo 69 de la codificación constitucional de 1936, determinó, entre las atribuciones del Congreso, “fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan

de emprenderse o continuarse". Esta disposición, que no tuvo aplicación, se prestó en su hora a discrepancias doctrinales, ayudadas por la circunstancia, anteriormente expuesta, de que el Artículo 32 de la Constitución sólo preveía la "racionalización de la economía", no su planificación, que como tal sólo llegó a aceptarse plenamente en los países occidentales y, por ende, a incrementarse, después de la finalización de la segunda guerra mundial, para recuperar la economía de los países devastados por la contienda y superar el subdesarrollo que afecta a más de mil millones de personas y que constituye "el más grave problema humano de nuestro tiempo (Raymonds Barre, *El Desarrollo Económico*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, Págs. 9 y 172).

El Artículo 11 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968 sustituyó el Artículo 76 de la Constitución y, por el Ord. 4o., atribuyó al Congreso, mediante iniciativa del Gobierno, "fijar los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución, y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos". Los Artículos 57 y 58 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968, extendieron el mismo principio a los Departamentos y Municipios, que debe cumplirse conforme a la Ley, a la cual le corresponde, a iniciativa del Gobierno, determinar la forma de coordinación entre "los planes y programas regionales y nacionales", el régimen de la planeación municipal —exceptuado el Distrito Especial de Bogotá, porque al efecto se le hace extensivo el previsto para los Departamentos, y el procedimiento para su discusión, modificación y ejecución (Artículos 182, Inc. 1o., 187, Ord. 2o., y 189, de la Constitución).

Los planes y programas de desarrollo económico y social comprenden también toda la economía, a saber:

a) Según el contexto del Ordinal 4o. del Artículo 76 de la Constitución, reiterado textualmente por el Ordinal 2o. del Artículo 187 de la Constitución, los planes y programas "*a que debe someterse la economía nacional*", (la Sala subraya), por definición no excluyen, en principio, ningún sector de la misma; por el contrario, implican, como se expresó en la exposición de motivos, "la necesidad de dirigir la economía bajo el rigor de planes y programas" (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 45). De ahí que las normas a que se hace alusión prescriban que los planes deben determinar "*los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución*" y "*las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos*" (la Sala subraya), con clara u obvia referencia, respectivamente, a los sectores público y privado de la economía nacional y a la planificación obligatoria e indicativa de los mismos. Estos

se corroboran por los Artículos 76, Ordinal 20, y 187, Ordinal 3o., de la Constitución, que facultan, en su orden, al Congreso y a las Asambleas para fomentar las empresas y actividades dignas de apoyo “*con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes*” y por el Artículo 208 de la Carta que prescribe que “el Gobierno formará anualmente el presupuesto de rentas y junto con el proyecto de Ley de apropiaciones, *que deberá reflejar los planes y programas*, lo presentará al Congreso en los primeros días de las sesiones ordinarias de julio” (la Sala subraya).

b) El Artículo 32 de la Constitución confirma lo expuesto: tras garantizar “la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común”, atribuye al Estado “la dirección general de la economía” nacional y dispone que éste debe intervenir, “por mandato de la Ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía y lograr el desarrollo integral”. Esta disposición, según su claro tenor literal, constituye el instrumento dinámico del Estado en la dirección de la economía del país, no sólo mediante su racionalización, sino también de su planificación, con la doble finalidad, *que por sí misma realza su significado general o total, de “lograr el desarrollo integral” y asegurar el bienestar y “la justicia social”*. Se define así, como una política general, el sentido de la racionalización y de la planificación de la economía y se le permite al Estado intervenirla, “por mandato de la Ley”, *en todos sus procesos*, para lograr su realización. En relación con el anterior texto del precepto, el nuevo que se comenta, además de incluir entre sus finalidades la realización de la planificación, agrega la intervención del Estado en la utilización “de los bienes” y “en los servicios públicos y privados”, en tal forma que, según su actual contenido, como afirma la doctrina, “nada escapa a su regulación” (Luis Carlos Sábica, *Constitucionalismo Colombiano*, Edit. Temis, Pág. 307).

c) Lo expuesto se confirma por la naturaleza misma del plan que es, por definición, “el acto de una colectividad que somete las decisiones de las personas físicas y morales a objetivos coherentes y determinados” y que expresa la “voluntad colectiva de orientar la economía en función del progreso previsto”, como un “esfuerzo común vuelto hacia el porvenir” (Pierre Bauchet, *La Planificación Française*, Editions du Seuil, Págs. 39 y 43). “La necesidad de una dirección consciente afirma Galbraith cuyo fin sea conservar los recursos y aplicarlos a las necesidades de mayor prioridad, queda reflejada en la amplia aceptación del criterio según el cual el desarrollo debe realizarse de acuerdo con un plan. . .” (J. K. Galbraith, *Desarrollo Económico*, Ediciones Ariel, Pág. 21). Las intervenciones del Estado “deben constituir un conjunto coherente” sostiene Mendes France—cuyas diferentes partes, en lugar de contrariarse, o de neutralizarse, como sucede con frecuencia, se refuerzan, se completan, se sustentan entre

sí. Este conjunto es el plan” (Pierre Mendes France, *La République Moderne*, Edit. Paris, Gallimard, Págs. 143 y 144).

d) Puesto que es finalidad definida por la Constitución “el desarrollo integral”, el pleno empleo y la realización de la “justicia social”, *el plan constituye el medio institucional y económico ineludible, según también la Constitución, para lograrlos*. De ahí que el Artículo 80 de la Constitución, correspondiente al Artículo 14 de la Reforma Constitucional de 1968, instituya mecanismos y términos especiales para el estudio de los proyectos sobre planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas y permita al Gobierno, en defecto del Congreso, ponerlos en vigencia mediante decretos con fuerza de Ley. La Constitución reconoce así, también por este aspecto específico, la importancia que otorga a la planificación y le da una clara prioridad a su expedición, sólo comparable a la que concede a los proyectos de Ley sobre distribución de los servicios entre la Nación y las entidades territoriales y situado fiscal, a que se refieren los Inc. 2o. y 3o. del Artículo 182 de la Carta (Artículos 79, Inc. 5o. de la Constitución), porque *constituye el instrumento de realización de la política del Gobierno y de cumplimiento mediato de la finalidad programática de la Constitución*.

e) La atribución dada al Congreso para expedir los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas se justifica, por una parte, porque, como se expresa en la exposición de motivos, el Gobierno consideró conveniente establecer, “con el espíritu democrático que inspira la reforma”, que “corresponde al Legislador la aprobación de los planes y programas que han de guiar el desarrollo económico y social de la Nación Colombiana” (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 45). Además, porque su expedición implica un amplio debate, tanto en los diversos sectores de la actividad económica como en el Congreso, en forma que refleje en sus objetivos, como “un plan de inversión” (J. K. Galbraith, Op. Cit., Pág. 121), las opciones prioritarias del desarrollo económico y social en un determinado lapso; pues, a este respecto, “el plan es el pleno empleo al servicio de objetivos democráticamente determinados” (Pierre Mendes France, Op. Cit. Pág. 160), con base en la indicada finalidad política de la Constitución. Pero, como se expuso, para evitar que los proyectos de Ley sobre la materia, que el Presidente debe “presentar oportunamente al Congreso” (Artículo 118, Ord. 3o. de la Constitución), sufran dilaciones interminables, que pueden hacer nugatoria su aprobación, el Artículo 80 de la Constitución permite al Gobierno, en la forma indicada, ponerlos en vigencia con fuerza de Ley. *Se concilian así la necesidad de discutirlos y aprobarlos democráticamente y la prevaleciente de ponerlos en efectividad sin dilación*.

11. *El ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución*. Esta disposición, correspondiente al Artículo 41 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968.

prescribe que corresponde al Presidente de la República “ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”. La Sala procede a determinar la naturaleza y el alcance jurídico de esta disposición, a saber:

1. *La naturaleza jurídica.* Este aspecto consiste en determinar si las facultades que el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución concede al Presidente de la República son administrativas, o si deben considerarse como legislativas, para deducir, en uno u otro caso, las correspondientes consecuencias jurídicas. A ello procede la Sala mediante las siguientes consideraciones:

a) El Artículo 120 de la Constitución determina las funciones del Presidente de la República como “suprema autoridad administrativa”. En consecuencia, el Ordinal 14 *ibídem* le atribuye *una competencia administrativa con la finalidad indicada por la misma Constitución*. Es cierto que el enunciado del Artículo 120 de la Constitución también hace referencia a las funciones del Presidente como “jefe de Estado”, pero con el objeto de aludir, como se explicó, a su carácter de director de las relaciones diplomáticas, como dispone concretamente el Ordinal 20 de la misma disposición. Además, en la hipótesis de que comprendiere otras atribuciones del Presidente, la conclusión sería la misma, por una parte, porque la naturaleza jurídica de éstas se determina, no por su enunciado sino por su significado específico y, por otra, porque todas las facultades enumeradas en la norma, distintas de la relativa a las relaciones con otros Estados, específicamente la del Ordinal 14, son, orgánicamente, de índole o naturaleza administrativa, por definición diferente de las que corresponden a la rama legislativa, o, por excepción, al Gobierno en los casos en los cuales puede expedir, como se ha expuesto, decretos con fuerza de Ley (Artículos 118, Ordinal 8o., 214 y 216 de la Constitución).

b) El carácter administrativo de las atribuciones otorgadas al Gobierno por el Artículo 120, Ordinal 14 de la Constitución también se determina por el aspecto material, sobre la base de considerar que la función administrativa implica, básicamente, el cumplimiento o la ejecución de la Constitución y la Ley, mientras que la legislativa consiste, fundamentalmente, en la posibilidad jurídica de adoptar, de conformidad con la Constitución, las opciones políticas esenciales para la dirección del país, como el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas y la *intervención general en la economía* para su realización y para lograr el “desarrollo integral”, cuyo cumplimiento incumbe al Gobierno.

c) Se podría argüir, contra lo expuesto, que el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución le otorga al Presidente una competencia directa y

autónoma y que, por este motivo, los actos que dicte con base en él tienen la jerarquía y la fuerza normativa de la Ley.

Pero este argumento, que no toma en consideración el conjunto, armónico y coherente, de los principios del régimen constitucional, no es fundado porque desconoce que las ramas del poder público ejercen, orgánica y materialmente, funciones diferentes; porque el Gobierno, como se ha demostrado, sólo excepcionalmente tiene competencia para expedir Decretos con fuerza de Ley (Artículos 118, Ordinal 8o., 214 y 216 de la Constitución); porque la Constitución define y delimita las funciones legislativa y administrativa y en ésta comprende la adscrita al Presidente, como "suprema autoridad administrativa", por el Artículo 120, Ordinal 14. de la misma Carta; porque es principio esencial del Derecho Público Colombiano, que se deduce de los Artículos 20 y 63 de la Constitución, que los empleados públicos sólo pueden hacer lo que les esté atribuido expresamente y porque el Presidente, fuera de los casos excepcionales, taxativamente señalados por los Artículos 118, Ordinal 8o., y 214 de la Constitución, no tiene facultad de expedir Decretos con fuerza de Ley; porque, en la hipótesis de que se aceptare esta posibilidad, se violaría el principio constitucional, que se deduce de los Ordinales 1o. y 2o. del Artículo 76 de la Constitución, según el cual el Congreso, con las expresas salvedades indicadas, tiene *privativa competencia legislativa*, por cláusula general, sobre todas las materias no señaladas específicamente, las cuales sólo pueden ser suspendidas, modificadas o derogadas, por la Constitución, la Ley o los actos asimilados a la Ley; porque, si se considerare, en el caso específico que se analiza, que el Congreso y el Gobierno pueden ejercer indistintamente la *función legislativa*, se confundiría inconstitucionalmente las atribuciones de aquéllos y hasta se crearía la posibilidad de que sus actos se puedan contraponer, coetánea y válidamente, no obstante que los Artículos 1o. y 55 de la Constitución afirman la unidad del poder público, que éste se ejerce por medio de ramas que tienen, en principio, funciones separadas pero armónicas y que los Artículos 214 y 216 de la Constitución instituyen el control jurisdiccional de la Constitucionalidad de la Ley, orgánica y materialmente considerada, y de los actos administrativos del Gobierno, adscrito, respectivamente, a la Corte Suprema de Justicia y, de conformidad con la Ley (Artículo 34, Ordinal 10o., del C.C.A.), al Consejo de Estado — pertenecientes, con la misma jerarquía, a diferentes jurisdicciones —, entre otros motivos, *por usurpación de poder*; y porque, en consecuencia, *por definición*, las competencias asignadas a cada una de las ramas del poder público — en este caso la atribuida específicamente al Presidente de la República —, *orgánica y materialmente son exclusivas y, como tales, no pueden coexistir, lógicamente y constitucionalmente, con otras idénticas y paralelas*.

De todo lo expuesto se concluye que el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución otorgó al Presidente de la República *una facultad adminis-*

trativa, cuyo alcance se debe deducir, coordinadamente, de su contexto y naturaleza, en relación con los demás pertinentes principios constitucionales.

d) Como se trata de una facultad de carácter administrativo, el Presidente de la República no tiene competencia para, con base en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, suspender, derogar o modificar la Ley: ésta tiene, como se ha expuesto, un ámbito de validez diferente del reglamento autónomo y entre ellos no puede haber, constitucionalmente, contraposición, sino correlación o armonía, como consecuencia de la unidad lógico-jurídica de la Carta. De ahí que la discordancia entre la Ley y el reglamento autónomo implique violación, por cualquiera de ellos, de la Constitución, que debe aclarar la Jurisdicción, sin perjuicio de que, en el caso específico, pueda tener aplicación la excepción de inconstitucionalidad (Artículo 215 de la Constitución).

e) Pero, en relación con la rama legislativa del poder público, es evidente que la materia regulada por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que antes correspondía por cláusula general de competencia, al Congreso, *se convirtió, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968 (D. O. No. 32673 de 1968), en administrativa* y que así se cumplió, a este respecto, el fenómeno jurídico de la “deslegalización” de esa materia específica. Por consiguiente, el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia que le confiere la norma, puede suspender, modificar o derogar los preceptos legales, dictados con anterioridad a la vigencia de la Reforma Constitucional de 1968, sobre la materia; esto no porque el Presidente de la República pueda hacerlo, en ejercicio de una función legislativa ínsita en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, sino *a causa del tránsito de régimen constitucional y ratione materiae*; porque ésta, de legislativa que era, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968, devino en administrativa. De ahí que los actos acusados, dictados por el Gobierno con base en la disposición que se comenta, sean también administrativos y que el Consejo de Estado tenga competencia para conocer de estos juicios acumulados.

2. *El alcance jurídico.* Definida la naturaleza jurídica de las facultades que el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución confiere al Presidente de la República, es preciso determinar el alcance de las mismas. A ello procede la Sala con base en las siguientes consideraciones:

a) El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución faculta al Presidente de la República, como “suprema autoridad administrativa”, para “ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inver-

sión de los fondos provenientes del ahorro privado”. Según el *tenor literal* de esta norma, se facultó al Presidente, en su carácter de “suprema autoridad administrativa”, para ejercer “la intervención necesaria” en el Banco Emisor “y en las actividades” de las personas “*que tengan por objeto*” las finalidades indicadas (la Sala subraya). Además del Banco Emisor, el objeto, que según el texto de la norma implica la intermediación financiera, determina *las actividades* que, en cumplimiento del mismo, pueden ser intervenidas por el Gobierno. Esta intervención —excluida la que se puede ejercer en el Banco Emisor—, por lo mismo se limita, por razón de la materia, *a las actividades*, como expresó la Sala en sentencia del 6 de mayo pasado, “de los llamados intermediarios financieros en el mercado de capitales, como cajas y secciones de ahorro, compañías de seguros de vida, de capitalización, de inversiones y demás entidades especializadas en la función de canalizar el ahorro privado nacional hacia la formación de capital. . .”. Supone *la preexistencia* de las personas jurídicas, *cuyas actividades, por razón de su objeto*, pueden ser intervenidas; la norma no atañe a la creación de las mismas y obviamente supone o se remite *al régimen constitucional y legal*, expuestos anteriormente, sobre *creación de personas jurídicas*. Por el carácter administrativo y excepcional de esta intervención, tiende a cumplir una finalidad específica de la Constitución, de restrictiva interpretación, que no consiste en *suprimir o anular la actividad intervenida*, que por definición es legítima, ni en realizar una política intervencionista, que como tal está regulada, en el orden nacional, por los Artículos 32, 76, Ordinal 4o., y 80 de la Constitución, sino en *garantizar el ahorro particular y evitar que los intermediarios financieros, en desarrollo de sus actividades, defrauden o perjudiquen la confianza pública*; de ahí que la *necesidad* de la intervención implique, como un instrumento jurídico ágil, un poder discrecional, pero que tiene por límite la indicada finalidad del precepto. Es cierto que, como observa el doctor Sábica, éste no la señaló expresamente (Op. Cit. Pág. 310); pero se deduce, en la forma expuesta, del contexto de la norma y de la naturaleza jurídica de la atribución que confiere al Presidente de la República, en relación con los demás principios pertinentes de la Constitución.

b) La historia fidedigna del establecimiento de la disposición corrobora lo expuesto:

i) El texto del actual Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución no hizo parte de los proyectos de reforma constitucional que el Gobierno presentó a la consideración del Congreso en 1966. Estos proyectos tuvieron por finalidad actualizar las instituciones del país y planificar la economía, bajo el criterio de atribuir al Gobierno la iniciativa y la ejecución y al Congreso la decisión y el control de las medidas fundamentales, “para aplicar los medios económicos de la nación, y en primer término los

recursos fiscales, de la manera más eficiente y económica, organizando los servicios técnicos y realizando las inversiones con un ritmo óptimo, conforme a una escala de prioridades cuidadosamente establecida. . .” (Mensaje Presidencial al Senado de la República, Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, Pág. 22). Estas enmiendas, que, con otras que se hicieron a la Constitución, fueron definitivamente aprobadas por el Acto Legislativo No. 1o. de 1968, corresponden básicamente, en lo pertinente, a los Artículos 32, 76, Ordinales 4o., 9o., 10o., 15 y 22, 79, 80, 118, Ordinales 3o. y 8o., y 120, Ordinales 14, 15, 21 y 22, de la actual codificación constitucional. Por consiguiente, *el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que se expidió conjuntamente con los preceptos mencionados, no puede interpretarse como limitante o exorbitante de los mismos*, sino en armonía con ellos, sobre la base programática indicada, de ampliar la iniciativa y la esfera de la actividad administrativa del ejecutivo, sin perjuicio de la función decisoria y de control del Congreso.

ii) El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, según la historia de su expedición, se propuso, en relación con el ahorro privado, con el objeto de permitirle al Presidente intervenir la actividad de los intermediarios financieros, nacionales y extranjeros, para impedir que defrauden, como había sucedido, la confianza pública. Es conveniente darle al Presidente de la República, sostenía el senador Tovar Concha, propugnador del proyecto, “una facultad muy especial. . . sobre las sociedades de inversión, nacionales y extranjeras, que al fin y al cabo desbarajustan y complican el sistema monetario del país. . .” (Anales del Congreso, No. 76, Pág. 1177). El proyecto sufrió, a este respecto, varias modificaciones en su redacción, desde la inicial que aludía a las “sociedades de inversión”, hasta la actual, que sustituyó la expresión “actividades de inversión de capitales” por la de “actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”. Esta modificación tuvo por finalidad corregir la “ambigüedad” y la “amplitud” de aquélla, “que no se aviene en sí misma con el actual régimen constitucional colombiano”. El doctor Echandía hizo hincapié, en el curso del debate, en la necesidad de identificar las actividades susceptibles de intervención por el objeto de las personas, “*que utilicen, o que negocien con el ahorro del público, para transacciones comerciales o inversiones*” y el doctor Juan José Turbay precisó que “*lo fundamental en el Artículo es la inspección, la intervención para vigilar los ahorros privados; tutelar el ahorro; hoy es el gran vacío que existe; hay instituciones que manejan arbitraria y fraudulentamente el ahorro privado, aprovechándose de la ignorancia de los ahorrantes, sin ninguna clase de intervención. . .*” (la Sala subraya). (Anales del Congreso, No. 141, Pág. 2148).

c) La doctrina también confirma lo expuesto:

El doctor Hernán Toro Agudelo afirma, en una de sus conclusiones, “que en materia de ahorro privado, partiendo de una evidente preocupación por los fraudes y abusos de intermediarios no sujetos a vigilancia, se precisó una fórmula, muy ambigua y vaga al principio, pues permitía comprender toda suerte de actividades y personas que limitó finalmente la intervención a sólo las personas, naturales o jurídicas, que tuvieran el objeto o finalidad principal y permanente de negociar con el ahorro privado, y así con referencia al denominado ahorro institucional y eventualmente a formas recientes, como las de atracción y manejo del ahorro para la construcción de viviendas por el sistema de anticipo de cuotas. . .” (Op. Cit. Pág. 67). Este criterio reitera el que el mismo autor había expresado, a propósito de los proyectos de reforma constitucional, a saber: “El numeral 14 amplía en parte el 15 actual, para permitir al Presidente, sin necesidad de sujetarse a las Leyes, y por lo mismo por la vía de los reglamentos autónomos, no sólo la inspección sino la intervención en el Banco Emisor y en las actividades de quienes captan y utilicen el ahorro privado, norma muy conveniente para garantizar, con agilidad y medidas oportunas, la seguridad en el buen manejo de esos fondos. . .” (Examen de los Proyectos sobre Reforma Constitucional, Edit. Mar del, Págs. 94 y 95).

El doctor Jaime Vidal Perdomo, por su parte, refiriéndose al Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, expresa: “En aquello que toca con el ahorro privado la disposición busca atender a los clamores que para su protección se han elevado, ya no solamente por el destino que a él puede darse - renglón importantísimo para un país que necesita la acumulación de capital para su impulso de desarrollo - sino porque se trata del esfuerzo en veces denodado de gentes modestas que restringen sus escasos consumos en búsqueda de un mayor futuro propio o de sus descendientes. Esta incorporación de vastos sectores de población a los mecanismos duros del capitalismo financiero, bajo la atracción de ciertos rendimientos y sin el suficiente conocimiento de sus rodajes operativos, hace indispensable la vigilancia de los poderes públicos, para proteger mejor el ahorro de los colombianos y estimularlo. . .” (Op. Cit. Pág. 255).

d) Examinado el alcance del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, en relación con los demás principios constitucionales que informan la materia, se deduce la misma conclusión, a saber:

i) El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución permite intervenir la actividad de los intermediarios financieros con la finalidad de proteger el ahorro privado, sin perjuicio de las demás intervenciones del Estado, antes analizadas, de modo especial de las que le corresponden, por medio de la Ley, en ejercicio de la soberanía monetaria, prescritas por el Artículo 76, Ordinales 15 y 22, de la Constitución, correspondientes, como la disposi-

ción que se comenta, el Acto Legislativo No. 1o. de 1968, y en general la intervención genérica o extensiva, dispuesta por el Artículo 32 de la Constitución, también perteneciente a la misma Reforma, que ejerce el Estado, “por mandato” de la Ley, en toda la economía nacional; ii) La intervención del Estado en ésta, con el fin de racionalizarla y planificarla, obviamente comprende el proceso de formación e inversión del ahorro privado, cuya vigilancia y tutela corresponde al Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones administrativas y mediante reglamentos autónomos, *sin perjuicio de las opciones políticas fundamentales y globales del Estado en el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas y de la intervención del mismo tendiente a su realización*: se trata de dos tipos de intervención, dentro de ámbitos jurídicos diferentes, la una política general, la otra administrativa y específica, que tienen también distintas finalidades inmediatas, pero que son concurrentes, como sucede con las funciones del Estado, en su objetivo esencial: proteger el ahorro privado y “lograr el desarrollo integral”, “dentro de una política de ingresos y salarios” para realizar “la justicia social”; iii) El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución sólo atribuye al Presidente de la República la facultad de intervenir las actividades de los intermediarios financieros, no determinar el régimen de las personas jurídicas, ni menos disponer su creación, porque se trata, como se ha demostrado, de una atribución del legislador, de conformidad con los Artículos 12, 44 y 76, Ordinales 1o., 2o., 9o. y 10o., de la Constitución; iii) Aparte de que del tenor literal del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución y de la historia fidedigna de su establecimiento se deduce que dispone la intervención *en las actividades* de las personas *que tengan por objeto* “el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”, este alcance del precepto también se corrobora por el Ord. 15 *ibidem* que atribuye al Presidente, como “suprema autoridad administrativa”, “ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles conforme a las Leyes”: de este precepto, que corresponde al Artículo 120, Ordinal 17, de la Constitución de 1886, con las reformas de los Artículos 29, del Acto Legislativo No. 1o. de 1945 y 41 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968, se desglosó la norma que se comenta, con el objeto de permitirle al Presidente de la República, la intervención directa y discrecional en las actividades de los intermediarios financieros con la finalidad de proteger el ahorro privado; de ahí que el Ordinal 15 del Artículo 120 de la Constitución haga referencia a “los demás establecimientos de crédito” y a “las sociedades mercantiles” que, aunque manejan ahorro privado, no tiene como objeto específico la intermediación financiera en el mercado de capitales; iiiii) Es cierto que el Artículo 99 del Código de Comercio dispone que “se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la

sociedad”; pero, en primer lugar, el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución se refiere, como se ha expuesto, a las actividades de personas, naturales o jurídicas, cuyo objeto específico, *deliberado o pactado*, sea la intermediación financiera, mientras que el Artículo 99 del Código de Comercio atañe a sociedades comerciales con distinta finalidad; en segundo lugar, “los demás establecimientos de crédito” y “las sociedades mercantiles”, a todas las cuales se refiere el Artículo 99 del Código de Comercio, si no tienen el objeto específico indicado, quedan sometidos a “la inspección necesaria” dispuesta, de conformidad con la Ley, por el Ordinal 15 del Artículo 120 de la Constitución; de donde se sigue que lo determinante, para que puedan quedar comprendidas por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, *no es que las sociedades mercantiles tengan, además de su objeto social, obligaciones legales, sino que su objeto social sea la intermediación financiera*; además, las actividades de las personas naturales, que no están comprendidas por el Artículo 99 del Código de Comercio, pueden ser intervenidas, de acuerdo con el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, si el objeto específico de éstas es también la intermediación financiera. De donde se concluye que el Artículo 99 del Código de Comercio, que tiene una finalidad diferente, no es aplicable al caso ni menos puede servir de criterio de interpretación de la Constitución: por el contrario, este precepto, correspondiente al Decreto-Ley No. 410 de 1971, desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, como norma de menor jerarquía, debió dictarse con base en la Constitución; iiiiii) El Artículo 122 de la Constitución también corrobora lo expuesto, en cuanto sólo excepcionalmente permite al Presidente, “con la firma de todos los Ministros, declarar el estado de emergencia” económica, hasta por “noventa días en el año”, para conjurar, mediante Decretos con fuerza de Ley, los hechos “que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país”; si hasta el estado de emergencia económico, que por definición tiene carácter excepcional, es limitado en la materia y en el tiempo, sin perjuicio de que el Congreso pueda, “a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas” que se adopten mediante Decretos con fuerza de Ley, mal podría existir una atribución ordinaria y exclusiva del Presidente, como “suprema autoridad administrativa”, con un alcance similar; iiiiii) En fin, se trata de una facultad administrativa de intervención directa y específica, con la finalidad indicada, que se debe ejercer también dentro de su ámbito específico, en coordinación, como un conjunto unitario, con la Constitución y la Ley, la cual no puede ser modificada por el Gobierno en ejercicio de esta atribución, con la salvedad expuesta sobre el fenómeno jurídico de “deslegalización”.

12. *La cesantía y el ahorro.* Los Artículos 1o. del Decreto No. 265, 2o., 3o. y 4o. del Decreto No. 98 de 1973 crearon “los fondos regionales de capitalización social como personas jurídicas de derecho privado” y

dispusieron que su capital estará constituido por las cesantías de los trabajadores particulares, si la empresa ocupa cinco o más personas, por los rendimientos que perciban en las operaciones que realicen, el producto de los créditos internos y los demás ingresos que obtengan a cualquier título. Los Artículos 6o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973 dispusieron, en consecuencia, que los empleadores particulares, que ocupen cinco (5) o más trabajadores, deben consignar mensualmente las cesantías parciales de los mismos en el correspondiente fondo regional de capitalización social, en la forma y términos que señalan, en concordancia con los Artículos 6o. y 10o. del Decreto No. 469 de 1974.

La Sala procede a examinar, en consecuencia, el régimen jurídico de la cesantía en relación con el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución:

a) El Artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo prescribe, con las salvedades, absoluta y relativa, dispuestas por los Artículos 251 y 252 *ibídem*, que “todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores” o a sus herederos o causahabientes “al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, *un mes de salario* por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año”. La Sala subraya).

Se trata de una de las “prestaciones sociales comunes”, así denominada por el Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo, reconocida y garantizada por la Ley, según el precepto que la instituye, como un salario diferido que constituye, como afirma la doctrina, “día a día un derecho adquirido para el trabajador”, que como tal “no se puede modificar, disminuir, ni retener de ninguna manera” (Guillermo González Charry, *Prestaciones Sociales del Sector Privado*, Edit. Temis, Pág. 52). De modo que su pago es obligatorio, al término del contrato de trabajo, salvo el caso, previsto por la Ley (Artículo 250 del C.S. del T.), de que el contrato termine por la comisión de un delito del cual se sindique al trabajador. En esta hipótesis el patrono puede retener el valor de la cesantía mientras la jurisdicción penal decide: si el trabajador es declarado, por sentencia ejecutoriada, penalmente responsable de la infracción, pierde el derecho a la cesantía; si, por el contrario, es sobreseído definitivamente o absuelto, éste es exigible al patrono.

“El Artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de julio de 1960— contempla dos situaciones distintas en relación con el auxilio de cesantía cuando se trata de imputaciones delictuosas: la retención y la pérdida del derecho. Para retener la cesantía el patrono no necesita de autorización especial, simplemente le bastará acompañar al juicio de trabajo la prueba de que se adelanta

la investigación penal correspondiente. Para que pueda hablarse de pérdida de la referida prestación, se requiere que exista un fallo penal que declare responsable al trabajador del ilícito que se le imputa. . .” (G. J. Tomo XCIII, Págs. 346 y 347). Y en sentencia del 15 de septiembre de 1970 reiteró el mismo criterio, a saber: “Si es a la terminación del contrato cuando nace la exigibilidad del auxilio de cesantía, el patrono, para poder abstenerse de su pago, debe acreditar la facultad para retenerlo, mediante la prueba de que presentó la denuncia ante el Juez Penal, quien es el encargado de decidir si existió o no delito. . . El trabajador pierde el derecho al auxilio de cesantía cuando la justicia, que no es otra que la jurisdicción penal, encuentra demostrado el hecho delictuoso, caso en el cual el patrono queda exonerado de pagar la prestación. Por el contrario, la facultad de retener del patrono cesa cuando la justicia penal no encuentra demostrado el delito, pues entonces se hace exigible para el trabajador el derecho de auxilio de cesantía. . .” (G. J. Tomo CXXXVI, Págs. 531 y 532).

b) La cesantía es, pues, *un derecho*, reconocido por la legislación laboral, *cuya efectividad está condicionada* por la terminación del contrato de trabajo. Sólo se exceptúa, a este respecto, el caso de los trabajadores llamados a filas (Artículo 255 del C.S. del T.), a quienes se les liquida definitivamente la cesantía al producirse su retiro con la finalidad indicada, sin que termine o se extinga el contrato de trabajo.

c) La Ley prohíbe hacer liquidaciones parciales de cesantía (Artículo 254 del C.S. del T.), excepto “para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces” destinados a vivienda del trabajador (Artículo 18 del Decreto No. 2351 de 1965), sin perjuicio de que se liquide definitivamente a la terminación del contrato de trabajo: se trata de un régimen de excepción, de restrictiva interpretación, con la finalidad de favorecer al trabajador.

d) Por consiguiente, los trabajadores *tienen derecho a la cesantía* y los patronos *la obligación de hacerlo efectivo a la terminación del contrato de trabajo*. Mientras para aquéllos constituye *un ingreso diferido*, para éstos *una obligación bajo condición suspensiva*. Los patronos, en consecuencia, jurídicamente *no manejan el dinero* correspondiente a las cesantías de sus trabajadores, sino que *adeudan a cada uno de ellos la suma equivalente a su derecho*, según el Artículo 249 del C.S. del T., en proporción al tiempo servido y al salario devengado, para que la disfruten o gocen, *consumiéndola o ahorrándola*, “al terminar el contrato de trabajo”: la previsión de la Ley es lo primero, pero puede suceder lo segundo, en atención a los limitados ingresos del trabajador, a que el valor de la cesantía se le entrega al quedar cesante y a que en el país es limitada la oferta de trabajo.

e) El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución tiene por finalidad, según lo expuesto, proteger el ahorro privado y voluntario, captado por los intermediarios financieros, consistente en “la diferencia entre la renta percibida y la renta consumida en un período” (W. Heller, Diccionario de Economía Política., Pág. 16) o en la parte del ingreso individual “que no se consume en el curso de un período dado” (Raymond Barre, L'Analyse Economique, París Les Cours de droit, fascículo I, pág. 43). No atañe, por lo mismo, al concepto global o macroeconómico de ahorro, entendido como la parte de la renta nacional que no se consume en un lapso determinado, al cual se refieren los Artículos 32 y 76, Ordinal 4o., de la Constitución, sobre planificación e intervención del Estado, “por mandato de la Ley”, en la economía del país, en la forma y con el alcance expuestos.

f) Como el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución se refiere al ahorro privado y voluntario, captado por los intermediarios financieros, por una parte, no puede comprender los derechos de cesantía que son, como se expresó, *créditos a favor de los trabajadores y a cargo de los patronos*, con la obligación de hacerlos efectivos al término del contrato de trabajo: en este orden de ideas, la norma constitucional no tiene por finalidad proteger *ingresos diferidos*, sino *ingresos atesorados*, depositados, como fondos, en poder de personas naturales y jurídicas *que tienen por objeto la intermediación financiera*; de otra parte, si sólo tiene por objeto, como se ha demostrado, intervenir a éstas, para evitar que defrauden la confianza de los depositantes, no permite aplicarla, indiscriminadamente, a las personas naturales y jurídicas que no tienen ese objeto específico, aunque adeuden cesantías a sus trabajadores: de donde se sigue que, según el alcance y finalidad del precepto, el criterio para determinar las actividades susceptibles de la intervención que instituye *no consiste en saber si las personas a que se refiere deben o no cesantías a sus trabajadores, sino en si tienen o no por objeto la intermediación financiera*. Además, como todas o casi todas las empresas, *cualquiera que sea su objeto*, adeudan cesantías a sus trabajadores, este hecho no es criterio válido o conducente para discriminar entre ellas las que son susceptibles de la intervención que consagra el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución: por el contrario, lleva a confundirlas, a desconocer, por ende, el alcance del precepto y a violar, entre otros, los Artículos 39 y 120, Ordinal 15, de la Constitución.

g) Es cierto que, entre las modalidades del ahorro, se cuentan el público u obligatorio y el forzoso o general, aquél formado por mecanismos financieros del Estado y éste mediante medidas monetarias que, como los impuestos, desalientan el consumo y permiten ahorrar. Ambos se refieren al ahorro global o general, con obvios fines de conveniencia pública, sobre todo en países como Colombia, en el cual, por una parte,

“la generación del ahorro doméstico” corresponde “en su mayoría al sector público de la economía” (Hernando Zuleta Holguín, *El Estado Empresario*, Edit. Populibro, Pág. 25) y, por otra, la escasez de recursos hace necesaria, según la Constitución, la planificación de la economía, que permita establecer una política prioritaria de inversión de las limitadas disponibilidades. Pero el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, como se ha expuesto, no se refiere a este tipo de ahorro, sino al privado, en depósitos que manejan los intermediarios financieros, cuya tutela, contra los manejos fraudulentos de éstos, confió al Presidente de la República “como atribución constitucional propia”.

13. *El caso sub-judice*. Relacionado todo lo expuesto con el caso *sub judice* la Sala deduce las siguientes consecuencias:

1. Los Artículos 1o. del Decreto No. 265, 2o., 3o. y 4o. del Decreto No. 98 de 1973 crearon “los fondos regionales de capitalización social como personas jurídicas de derecho privado” y dispusieron que su capital estará formado por las cesantías de los trabajadores particulares, si la empresa ocupa cinco o más personas, por los rendimientos que obtengan en las operaciones que efectúen, por el producto de los créditos internos y por los demás ingresos que obtengan a cualquier título. Los Artículos 6o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973, dispusieron, en armonía con los Artículos 6o. y 10o. del Decreto No. 469 de 1974, que los empleadores particulares deben liquidar, mensualmente, en la forma y dentro de los plazos que al efecto se señalen, bajo su responsabilidad, la cesantía parcial de sus trabajadores, con destino al correspondiente fondo regional de capitalización social.

2. Como el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, según se expuso, no otorga competencia al Presidente de la República para crear personas jurídicas, menos para hacerlo con recursos particulares, sin la participación de sus titulares, el Artículo 1o. del Decreto No. 265 de 1973, que creó los fondos regionales de capitalización social, es violatorio de los Artículos 12, 30, 44, 76, Ordinales 1o., 2o. y 10o., y 120. Ordinal 14, de la Constitución, invocados como infringidos, aquéllos por no haber sido aplicados, como correspondía, y éste porque se le dió un alcance que no tiene.

3. Asimismo, como los Artículos 1o. del Decreto No. 265, 4o., letra a), 6o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973 constituyeron los fondos regionales de capitalización social con las cesantías parciales de los trabajadores particulares de las empresas que ocupen cinco o más trabajadores, que éstas deben liquidar y entregar mensualmente al correspondiente fondo, *sin consideración alguna a su objeto específico*, violaron también, por este aspecto, el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que

sólo permite la intervención *en las actividades* de las personas naturales o jurídicas que tengan *por objeto* la intermediación financiera y, en consecuencia, el Ordinal 15 del Artículo 120 de la Constitución, invocado como infringido, que atribuye al Presidente “ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito” y sobre “las sociedades comerciales, conforme a las Leyes”.

4. El Artículo 1o. del Decreto No. 265 de 1973, al crear “los fondos regionales de capitalización social como personas jurídicas de derecho privado, cuyo objeto será el manejo aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado constituido por las cesantías de que trata el presente Decreto”, *no interviene las actividades* de las personas naturales o jurídicas que *tengan por objeto* la intermediación financiera, sino que constituye unos organismos *que tengan* tal finalidad; por consiguiente, violó el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución porque *interviene* todas las empresas que tengan cinco o más trabajadores, *cualquiera que sea su objeto social*, para crear unos organismos que deben tener por objeto otro tipo de intermediación financiera, diferente del previsto por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución.

5. Pero, en la hipótesis de que las empresas a que aluden los Artículos 1o. del Decreto No. 265, 4o., letra c), 6o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973 tuvieren “por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión” de las cesantías y que éstas pudieren calificarse de ahorro institucional, la intervención que ejerce, mediante el traslado de las cesantías a los fondos regionales de capitalización, *extingue la actividad* a fuerza de intervenirla, no obstante que, por definición, de conformidad con el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que se habría infringido, la actividad de los intermediarios financieros, en principio, es legítima y constituye el presupuesto necesario de la aplicación del precepto.

6. Además, como las mismas normas acusadas regulan la liquidación parcial de las cesantías de los trabajadores y su transferencia a los fondos regionales de capitalización social, no obstante tratarse de materia regida por el Código Sustantivo del Trabajo, violaron directamente el Artículo 76, Ordinales 1o. y 2o., de la Constitución que atribuyen al Congreso, respectivamente, “interpretar, reformar y derogar las Leyes preexistentes” y “expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”, e indirectamente los Artículos 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo, también invocados, que disponen que la cesantía definitiva se pague por el patrono “al terminar el contrato” y que los patronos no pueden “efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados. . .”.

7. En consecuencia, es preciso declarar la nulidad de los Artículos 1o. del Decreto No. 265, 4o., letra a), 6o. y 7o. del Decreto No. 98 de 1973. Además, como los restantes cargos de los juicios acumulados son consecuenciales, se debe acceder a las demás peticiones de las demandas, con la salvedad de las disposiciones que fueron sustituidas o derogadas, respecto de las cuales no es el caso de hacer ningún pronunciamiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el señor Fiscal 1o., resuelve:

1. No es el caso de hacer ningún pronunciamiento sobre los Artículos 1o., 27, 29, 33 y 45 del Decreto No. 98 de 1973, porque fueron sustituidos por los Artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o. del Decreto No. 265 del mismo año, ni sobre el Artículo 5o. del mismo Decreto 098 por haber sido sustituido por el Artículo 6o. del Decreto 469 de 1974. Tampoco es el caso de hacer pronunciamiento sobre el Artículo 37 del Decreto No. 98 de 1973, porque fue derogado expresamente por el Artículo 5o. del Decreto No. 265 del mismo año.

2. Declárase la nulidad de las demás disposiciones del Decreto No. 98 de 1973 y de los Artículos 1o., 3o., 4o., 6o. y 8o. del Decreto No. 265 del mismo año.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese, mediante copia auténtica de esta providencia, y archívese, previa ejecutoria.

Carlos Galindo Pinilla

Con salvedad de voto parcial sobre
la parte motiva

Alfonso Arango Henao

Con salvamento en algunos puntos
de la parte motiva.

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge Torrado Torrado
Secretario

SALVEDAD DE VOTO

Compartimos la decisión contenida en la sentencia por las siguientes razones fundamentales que en ella se exponen:

1. Porque las disposiciones acusadas rebasaron las limitaciones contenidas en el Artículo 120-14 de la C.N. en cuanto contienen normas

atinentes a la actividad de personas jurídicas distintas de aquellas a que se refiere el mencionado Artículo, o sea que regulan la actividad de personas naturales o jurídicas que no tienen por objeto específico el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

2. Porque las disposiciones acusadas crean unas personas de derecho privado que al Estado no le es dado crear dentro del marco del régimen institucional colombiano, en el cual los particulares crean y constituyen personas jurídicas de derecho privado y el Estado crea y constituye las de Derecho Público. En nuestro sistema político y jurídico el poder público no puede llegar al extremo de asumir la voluntad de los particulares, como se hace en los actos acusados sin quebrantar la órbita que la Constitución le tiene señalada, dentro de la cual a lo sumo se prevén modalidades de concurrencia, bajo las formas de la llamada "economía concertada" en las cuales la iniciativa y el capital privados tienen posibilidades de aunarse, libre y espontáneamente, con el capital público para la realización de objetivos de interés general, ya sea de orden económico, científico, cultural o técnico. Tal es el caso de las empresas de economía mixta. De todas suertes en esta hipótesis a las entidades que se constituyan no se le imponen a los particulares con la fuerza incontrastable del poder público; aquéllos tienen la opción de concurrir o no a su formación. En cambio los Decretos acusados significan la creación por el Gobierno de unas personas que se califican de privadas, pero cuyo origen público es indiscutible, y que se les imponen coercitivamente a los particulares para administrar unos fondos de indiscutible carácter privado.

3. Porque las cesantías son una prestación social que no puede calificarse como ahorro, en el sentido específico que tiene este término en el texto del Artículo 120-14 de la C.N.

No obstante nuestro acuerdo con estos tres aspectos fundamentales de la decisión, muy respetuosamente discrepamos de varias consideraciones que se hacen en la sentencia en torno a la naturaleza, jerarquía y fuerza jurídicas de los Decretos dictados en ejercicio de la facultad de intervención a que se refiere el Artículo 20-14, así como de aquéllas atinentes al carácter y al alcance de las facultades de la intervención estatal que prevé esa disposición.

En la sentencia se sostiene que la intervención prevista en el 120-14 tiene una finalidad que se circunscribe a "garantizar el ahorro particular y evitar que los intermediarios financieros, en desarrollo de sus actividades defrauden o perjudiquen la confianza pública".

En la sentencia se pretende deducir esta finalidad restringida, de la "historia fidedigna del establecimiento" de la norma constitucional que se

comenta, en cuanto la idea inicial que dió origen a la disposición pudiera haber sido la de atribuir al Gobierno una facultad que le permitiera controlar mejor la actividad de ciertas entidades que habían protagonizado escandalosos abusos y defraudaciones en el manejo del ahorro privado. En el derecho positivo colombiano el criterio histórico para la interpretación de la Ley, en virtud del cual los antecedentes de su expedición pueden servir para precisar su intención y espíritu (Artículo 27 C.C.) debe ser utilizado con las debidas precauciones, cuando quiera que otros medios de mayor rigor científico, sean insuficientes y, en todo caso, cuando esa intención aparezca claramente manifestada en dichos antecedentes.

En el Artículo 120-14 se califica la facultad asignada al Presidente como de *intervención*, sin precisarle finalidades específicas, sino señalándole un ámbito para su ejercicio. En tales condiciones la determinación de la finalidad ha de buscarse, en primer lugar, mediante el método sistemático, conforme al cual “*el contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*” (Artículo 30 C.C.), sin olvidar que “*las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a estas su significado legal*” (Artículo 28 C. C.) (Los subrayados son nuestros). Si se aplican estos principios a la materia que nos ocupa, se advierte la estrecha relación que existe entre el Artículo 120-14 y el 32 de la C.N; en efecto, en este último no sólo se consagra constitucionalmente el vocablo *intervención*, sino que se perfiló todo el alcance filosófico, político y jurídico de la intervención estatal en la economía. Por manera que la primera fuente de que dispone el intérprete para precisar las finalidades del Artículo 120-14 es la propia Constitución cuando señala objetivamente que la de la intervención estatal en la economía es el *desarrollo integral de la comunidad y la justicia social, a través del pleno empleo de los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios y bajo un sistema en el cual se armonice la libertad de empresa con las exigencias del bien común*. Si en el contexto general de la Carta están trazados los rasgos fundamentales de esta institución no se advierte la razón para acudir a la “*historia fidedigna*” y, menos aún, a unas opiniones muy respetables, pero que, como es de frecuente ocurrencia, no suelen coincidir con el criterio general del cuerpo constituyente o legislativo.

De otra parte parece claro que para el constituyente de 1968 la modalidad de la intervención prevista en el 120-14 no es de un género diferente a la del Artículo 32; tanto es así que se le dió el calificativo de *atribución constitucional propia* para subrayar que su ejercicio no requiera del mandato previo. En otros términos: si en la mente del constituyente no hubiese estado la identidad genérica apuntada, carecería de sentido el

calificativo ya dicho, pues el *mandato* de la Ley está instituído exclusivamente como acto condición para el ejercicio de la función interventora del Gobierno en la economía y no para el ejercicio de las demás funciones que le asigna la Constitución al Gobierno como propias.

El razonamiento anterior nos conduce a reiterar el criterio adoptado en forma unánime por esta misma Sala en sentencia del 13 de mayo próximo pasado, (expediente 1836) en la cual se afirma:

“La intervención del Estado prevista en el numeral 14 del Artículo 120 de la C.N. es una especie del género de la instituída en el Artículo 32 pero con diferencias específicas que radican en 2 factores:

1. El traslado integral de la competencia intervencionista al Gobierno en el caso del 120-14, de suerte que a éste no sólo se le encomienda su realización, sino que se le transfiere el juicio sobre la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de realizarla, vale decir que la intervención no requiere del mandato legal previo para ponerla en marcha, porque se trata de una función propia del Presidente de la República consignada en la Constitución Nacional (V. Sentencia C.S.J. ag. 18/72).

2. La limitación de materia, en cuanto la facultad atribuída al Gobierno y que éste puede ejercitar, sin el previo mandato del legislador, no puede cubrir todo el ámbito de la economía, sino estrictamente el relacionado con el Banco emisor y *las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado*” Esta apreciable limitación material es la contrapartida del poder transferido por la Constitución al Gobierno y que lo habilita para decidir, en esta precisa hipótesis, sobre la necesidad, la conveniencia y la oportunidad de intervenir.

Indudablemente el numeral 14 del Artículo 120 de la Carta, consagra una intervención por parte del Jefe del Estado que es la suprema autoridad administrativa colombiana, sobre el banco emisor y sobre aquellas personas que manejen, aprovechen o inviertan los fondos del ahorro privado. Esta intervención, sin lugar a dudas, es una especie de aquella genérica que ha otorgado la misma Constitución al Legislador, cuando en el Artículo 32 de tal ordenamiento permite al Estado intervenir, “por mandato de la Ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral”, pero, mientras la del Artículo 32

exige necesariamente para su ejercicio la condición de un mandato del Congreso, conferido por medio de una Ley formal, la del numeral 14 del Artículo 120 se le otorga al Presidente de la República como una función propia que no requiere mandato previo. Tal es el alcance de esta última expresión al parecer, no muy afortunada, pues es sabido que, de todas suertes la función interventora en sí misma, es propia del Gobierno”.

La identidad genérica apuntada implica la secuela de la fuerza legal que tienen los actos de intervención. En el año 36 se instituyó la intervención estatal como función del Congreso, al prescribir que esta se realizaría *por medio de Leyes*, o sea que a éste le correspondía señalar los medios para realizarla y al Gobierno sólo le incumbía su ejecución, como la de cualquier Ley ordinaria. El constituyente de aquél año tuvo en cuenta el eminente contenido político involucrado en la determinación de esos medios, dadas sus implicaciones sobre la libertad de empresa y sobre la iniciativa privada. Entendió que esa selección de medios, en tratándose de la intervención estatal en la economía, entrañaba una serie de limitaciones a la libertad económica que no podía dejarse en manos del Gobierno. Nueve años después el constituyente de 1945, teniendo en cuenta la movilidad de los fenómenos económicos y la versatilidad necesaria para enfrentarlos, así como el mejor conocimiento gubernamental de tales fenómenos, no vaciló en transferirle esa potestad política al Gobierno. Por manera que se operó entonces la transferencia de una competencia política del Congreso al Gobierno, con la salvedad del juicio político previo sobre la oportunidad, la necesidad o la conveniencia de intervenir, que se mantuvo como función legislativa y que se ejercería a través del mandato de intervención. Esta la razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que los Decretos de intervención dictados con fundamento en el Artículo 32 tienen fuerza de Leyes..

En el caso del 120-14, en cuanto eliminó la condición del mandato legislativo previo, la transferencia del poder interventor, limitado a las materias que tal numeral señala, se hizo total en cuanto al Gobierno adquirió un nuevo poder político: el juicio sobre la oportunidad, la necesidad o la conveniencia de intervenir en la esfera económica que el referido numeral señala además del que ya tenía desde 1945 cuando se le asignó, la potestad para determinar medios de intervención en todos los órdenes de la economía. Por consiguiente, si los Decretos de intervención dictados para ejecutar el mandato del Congreso tienen fuerza de Ley, con cuánta mayor razón debe entenderse que lo tienen los Decretos que dicte el Gobierno sin necesidad de aquél mandato, vale decir cuando la Constitución le ha conferido una potestad que tiene un doble contenido político.

En la sentencia se reitera que los expresados Decretos tienen el carácter de puramente administrativos y se exponen argumentos a los cuales nos referimos a continuación:

1. *El argumento tomado del derecho constitucional francés*

En la Constitución francesa vigente se eliminó la cláusula general de competencia del legislativo atribuyendo a éste el señalamiento de reglas atinentes a determinadas materias (Artículo 34) y asignando las restantes al dominio reglamentario de los Decretos del Gobierno; se dice en la sentencia que, no obstante ese cambio tan radical tales Decretos se consideran como administrativos. Con cuanta mayor razón, agrega, ha de considerárselos en Colombia, en donde apenas se trasladaron unas competencias de la esfera del legislador a la del Gobierno, conservándose la cláusula general de competencia para el primero.

Efectivamente en la Constitución Francesa de 1958 se realizó ese cambio tan radical que le permite afirmar al Profesor Burdeau que “la competencia legislativa del Gobierno es una competencia de derecho común en tanto que la del Parlamento no es sino una competencia de atribución” *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (París: R. Pichon 1966 pág. 535) Pero agrega el mismo autor: “Naturalmente los reglamentos autónomos dictados en aplicación del Artículo 37 *son verdaderas Leyes que escapan al control de la legalidad que se ejerce normalmente sobre los actos administrativos* (se subraya). Ellos no están subordinados sino a los principios generales del derecho” (pág. 536 *ibídem*). “No hay, pues, para ellos un control de la legalidad en sentido estricto. Pero como tampoco se les puede situar en el mismo pie que las Leyes formales (que escapan a todo control de su constitucionalidad por parte de las autoridades jurisdiccionales), el Consejo de Estado, declara, echando mano de una jurisprudencia elaborada bajo la IV República, que permanecen sometidos a la Constitución, a los principios generales del Derecho” (Op. cit. pág. 540).

Por último, el autor citado se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las *ordenanzas* (que equivalen aproximadamente a nuestros Decretos-Leyes, o sea los dictados en uso de las facultades extraordinarias del Artículo 76-12) y expresa que “como el Artículo 38 comporta una delegación del poder legislativo, se estaría tentado a concluir que el Gobierno, al estatuir como si fuera el legislador, debería quedar al margen de todo control. Sin embargo esa no es la solución que ha prevalecido. Para declararse competente el Consejo de Estado ha revivido su posición con respecto a los Decretos-Leyes de la III República. Considera que no puede reputarse que el Gobierno obró como órgano legislativo”. . . y que, en tal virtud “lo que importa es el criterio formal: la ordenanza es el acto de una

autoridad que permanece administrativa y, como tal es un acto administrativo sometido a la apreciación del juez". (Op. cit. págs. 540 y 541).

Nos hemos permitido hacer las transcripciones que preceden porque ellas aclaran:

a) Que la calificación de acto administrativo en relación con los reglamentos autónomos y las ordenanzas tienen apenas en Francia una implicación puramente formal, que obedece al propósito de evitar que tales actos escapen al control jurisdiccional del Consejo de Estado y que, por lo tanto, no significa que se les desconozca su real y verdadera fuerza normativa, que las equipara a la Ley.

b) Que las diferencias entre el régimen francés y el colombiano son, al respecto, fundamentales: a) En Francia no existe el control jurisdiccional de las Leyes que expide el Parlamento; b) En Colombia no solamente existe ese control por la vía de la acción y de la excepción, sino que expresamente se lo prevé también para todos los actos del Gobierno, con fuerza de Ley, o sin ella. En consecuencia, no se dan entre nosotros las circunstancias que han determinado a la jurisprudencia francesa a hacer esa especie de "Tour de Force" que implica calificar como administrativos unos actos que, en su misma realidad material tienen la fuerza de Ley.

2. *El argumento fundado en el encabezamiento del Artículo 120 de la C.N.*

Se dice en la sentencia que la facultad del Artículo 120-14 se atribuye al Presidente como suprema autoridad administrativa y que, por ende los actos dictados en su ejercicio son administrativos y carecen de la fuerza de las Leyes.

En la exposición de motivos del proyecto de Reforma que presentó el Gobierno al Congreso se expresó que "Las modificaciones contenidas en el Artículo 120 tienen por objeto armonizarlo con las reformas propuestas sobre nuevas relaciones entre las Ramas Legislativa y Ejecutiva, que ya se han explicado. Además de calificar conforme a la técnica jurídica de Jefe del Estado al Presidente, la reforma incluye..." (Historia de la Reforma Constitucional de 1968 Imprenta Nal. 1959, pág. 51).

Las razones de técnica jurídica no consistían solamente en que la dirección de las relaciones exteriores no podía considerarse como una función administrativa: como advierte el Dr. Vidal Perdomo, también era menester adecuar ese encabezamiento a la categoría que de Jefe del Gobierno tiene el Presidente en virtud del Artículo 67 y de la cual se derivan una serie de atribuciones que desbordan el marco de lo puramente

administrativo para trascender el ámbito de lo político. La designación de un ministro, por ejemplo, es un acto condición de investidura, pero su contenido y significación trascienden de lo puramente administrativo para situarse en la esfera de lo político, por cuanto el ministro no es solamente un Jefe superior de la administración sino que, además ostenta una investidura política.

Las nuevas relaciones entre las ramas Legislativas y Ejecutivas a que se alude en el párrafo arriba transcrito de la exposición de motivos y que se presentan como justificativas de las modificaciones propuestas al Artículo 120, implicaban la transferencia de materias, con un contenido político evidente, de la esfera legislativa a la ejecutiva, tales como la regulación del cambio internacional y del comercio exterior con facultades tan trascendentales como las de modificar el impuesto indirecto a la importación y a la exportación de bienes. Vale decir que se transfirió al Gobierno una función política, de tipo tributario ligada íntimamente al origen mismo del Parlamento. Esta transferencia de un poder político tan evidente, determinaba la necesidad de cambiar el encabezamiento del Artículo 120, pues es obvio que funciones nuevas como las que se han indicado desbordan la simple condición de suprema autoridad administrativa, a cuyo título se confiaban atribuciones al Presidente de la República desde la Carta de 1886.

Si se examina con el mayor rigor lógico el Artículo 120 de la Constitución, resulta además evidente que aún en la Carta del 86, algunas de las funciones allí enumeradas no se conciliaban cabalmente, desde entonces, con el encabezamiento del Artículo. La designación de los Ministros, como ya se dijo no es un acto que realice el Presidente como simple autoridad administrativa, sino como Jefe del Estado, pues los ministros no sólo son los Jefes superiores de la administración sino que, a la vez tienen una clara investidura política. Por otra parte es preciso no olvidar que desde 1886 se incluía entre las funciones del Presidente la de "reglamentar... la instrucción pública Nacional", otorgándole la potestad de dictar normas en dicha materia, no subordinadas a una Ley previa y que, por lo mismo, se sitúan jerárquicamente en el mismo plano que las Leyes dictadas por el Congreso. En otras palabras, el numeral 13 de Artículo 120, implicaba en la Constitución de 1886, como implica en la Carta Vigente (Artículo 120 No. 12) una reserva de materia en favor del Gobierno para dictar la normatividad correspondiente (Ver sentencia del Consejo de Estado noviembre 14 de 1962 Anales Tomo LXV Nos. 399 y 400 páginas 5 y siguientes). Funciones como éstas y las ya menciona las que se le atribuyeron al Presidente en la reforma de 1968, así como a de dirección de las relaciones exteriores hicieron necesario y conveniente adicionar el encabezamiento del Artículo 120 de la C.N. con la expresión Jefe del Estado. Con ella se indica y se subraya que algunas de las atribuciones que allí se le asignan al

Presidente tienen un carácter que trasciende de lo puramente administrativo, como es el caso de las examinadas anteriormente y de la que contempla el numeral 14. En este último caso es evidente que al Gobierno no sólo se le habilita para determinar la oportunidad, la conveniencia o la necesidad de intervenir (función política), sino la de señalar los medios a través de los cuales se realice esa intervención (función igualmente de orden político, tanto porque en su origen fue una función del legislador, como por sus implicaciones sobre la libertad de empresa y la iniciativa privada). Por ello mismo le es consustancial un poder normativo con una fuerza jurídica que se equiparan a la de la Ley.

3. El argumento que se funda en las enumeraciones contenidas en los Artículos 118 No. 8, 214 y 216 de la C.N.

Se afirma en la sentencia que el propio constituyente no le reconoce fuerza de Ley a los Decretos dictados en ejercicio de la atribución prevista en el Artículo 120-14, al no contemplarlos en las enumeraciones de los Artículos 118, 214 y 216 de la C.N.

El Artículo 118 No. 8 hace una mención de alcance puramente enunciativo, pues la verdad es que en la Constitución se prevén otro tipo de Decretos cuya fuerza legal es incuestionable y que, sin embargo no se les menciona en el Artículo 118-8o. Tales los casos contemplados en los Artículos 120-12 y 209 de la C.N. y también en los numerales 21 y 22 del Artículo 120. En relación con estos dos últimos el Dr. Toro Agudelo en su libro "Examen de los proyectos sobre Reforma Constitucional" indica que ha debido incluirseles en la enumeración "porque ellos se asimilan más a una Ley que a un simple Decreto reglamentario y eventualmente a virtud de los mismos se dará el caso de derogar o modificar la legislación preexistente. . ." (pág. 89).

También se afirma en la sentencia que si la Constitución le hubiese conferido fuerza de Ley a los Decretos dictados en ejercicio de la función prevista en el Artículo 120-14 hubiese atribuído el conocimiento de las correspondientes acciones de inexecuibilidad a la Corte Suprema de Justicia, como lo hizo en relación con los demás Decretos que tienen esa fuerza normativa (Artículos 214 y 216 C.N.).

Quizás en un estricto rigor técnico ha debido ser así. Pero el constituyente no suele ser entre nosotros un paradigma en materias técnicas y al hacer la distribución de competencias en materia de jurisdicción constitucional no lo fue, en efecto. Por fuera de la enumeración de los Artículos 214 y 216 también quedaron otros Decretos con indiscutible fuerza de Leyes como las que se dictan en ejercicio de las atribuciones consignadas en los numerales 12, 21 y 22 del Artículo 120 y en el

Artículo 209 de la C.N. Tampoco se mencionaron los Decretos que se dicten en ejercicio del mandato de intervención (Artículo 32) circunstancia que quizás no alcanza a sustraerlos del control jurisdiccional de la Corte, si se estima que el mandato pudiera ser equivalente a una autorización de las que contempla el Artículo 76 en su numeral once.

Así las cosas, las enumeraciones de los Artículos 214 y 216, fuera de precisar la competencia de la Corte y de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de jurisdicción constitucional, no puede aducirse como razón suficiente para desconocerle la fuerza de Leyes a otros Decretos del Gobierno que no se mencionan allí, pero que, por ministerio de la propia Constitución, también tienen ese mismo alcance normativo.

Conclusiones: 1. La intervención prevista en el Artículo 120-14 es una especie del género de la que se contempla en el Artículo 32 de la C.N.

2. Los fines de la intervención estatal en la economía que señala el Artículo 32 son, igualmente, los que corresponden a la forma específica de intervención a que se refiere el numeral 14 del Artículo 120 C.N.

3. El Artículo 120-14 circunscribe el ámbito de la intervención al Banco emisor y a las actividades de las personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, pero los poderes de que dispone el Gobierno dentro de esta órbita de la economía, lo habilitan para dictar Decretos con fuerza de Leyes.

En todo lo demás compartimos la fundamentación de la sentencia.

Bogotá, junio dieciocho de 1974.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CERTIFICADO DE ABONO TRIBUTARIO (C.A.T.). La autorización dada al Gobierno por el Artículo 12 del Decreto 688 de 1967, no fue para señalar libremente el plazo de utilización del C.A.T., sino para modificarlo, reduciéndolo progresivamente.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E. veinte de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro

Ref.: Radicación 2662.

Nulidad del Decreto 1997 de 1973 del Gobierno Nacional.

Demandante: Cayetano Betancur.

El texto del acto acusado es como sigue:

“DECRETO NUMERO 1997 DE 1973. (29 de Septiembre de 1973). Por el cual se modifica el término para la utilización de los Certificados de Abono Tributario. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de las facultades legales y en

especial de las que le confieren el Decreto 444 de 1967 y demás disposiciones complementarias, DECRETA: ARTICULO PRIMERO. Los Certificados de Abono Tributario que se expidan sobre exportaciones embarcadas con posterioridad al primero (1o.) de octubre de 1973 serán recibidos a la par por las oficinas recaudadoras para el pago de los impuestos sobre la renta y complementarios, aduanas y ventas una vez cumplan el plazo de once meses, después de su emisión. ARTICULO SEGUNDO. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición. Dado en Bogotá D.E., a los 29 días de septiembre de 1973.”.

Se señala como violado el Artículo 12 del Decreto-Ley 688 de 1967 por el que se sustituyó el Artículo 166 del Decreto-Ley 444 del mismo año y cuyo texto es así:

“Artículo 12. El Artículo 166 del Decreto 444 de 1967, quedará así:

“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 15 por ciento 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”.

Antes del Decreto demandado el gobierno dictó el número 1927 de 1970 por el que acortó el plazo para la utilización de los certificados de abono tributario de doce a nueve meses. Después expidió el Decreto número 2382 de 1971 que reza así:

“ARTICULO 1o. Los Certificados de Abono Tributario que se expidan sobre reintegros que se efectúen por concepto de exportaciones embarcadas a partir de la fecha de entrada en vigor del

presente Decreto y que provengan de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, se recibirán a la par por las oficinas recaudadoras de impuestos nacionales en la siguiente forma:

““a. Para productos elaborados o procesados, a partir del tercer mes de su emisión, y

““b. Para los demás productos, a partir del sexto mes de su emisión.

““PARAGRAFO 1. No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior, las exportaciones, cuyos reintegros se efectúen con posterioridad a la vigencia del presente Decreto y respecto a las cuales se acredite que los productos materia de exportación permanecen en el país por cuenta y riesgo del comprador extranjero, tendrán derecho al otorgamiento del Certificado de Abono Tributario, aun cuando las mismas no hayan sido aún embarcadas.

““PARAGRAFO 2. El Consejo Directivo de Comercio Exterior, mediante resoluciones, determinará los productos que se consideren elaborados o procesados para los efectos del presente Decreto. El exportador antes de adelantar cualquier trámite relacionado con la exportación, debe establecer la clasificación que el Consejo Directivo de Comercio Exterior haya hecho del bien objeto de venta.

““ARTICULO 2o. Los Certificados de Abono Tributario que se expidan sobre reintegros que se efectúen por concepto de exportaciones embarcadas con anterioridad a la fecha de expedición del presente Decreto y que provengan de exportaciones de bienes distintos del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, se recibirán a la par por las oficinas de impuestos nacionales a partir del noveno mes de su emisión”.

El argumento de fondo consiste en que de acuerdo con el Decreto 688 de 1967 el gobierno está facultado para reducir el plazo que contado a partir de la expedición del certificado de abono tributario permita utilizarlo para cumplir los fines que se persiguieron al establecerlo.

El señor fiscal tercero de la Corporación considera que la ausencia de facultad es tan notoria que debe accederse a lo demandado. Para resolver se

CONSIDERA:

Es tan sencillo el punto debatido que no parece indispensable agregar nuevos argumentos a los que se expusieron en el auto de suspensión provisional en donde se lee:

La única diferencia que hay entre el Artículo 166 original del Decreto 444 de 1967 y el sustitutivo que adoptó en su lugar el Artículo 12 del Decreto 688 de 1967 consiste en que en el primero se señaló plazo inexorable, o más propiamente inmodificable, de un año para que los certificados de abono tributario fueran aceptables para el pago de impuesto de renta y complementarios y en la nueva versión se autoriza al gobierno para reducir este plazo hasta su eliminación total, lo que habrá de hacerse progresivamente en vista de la situación fiscal y monetaria. También se añadió que aquellos certificados son aceptables para pagar otros tributos, a saber el de aduanas y el de ventas.

La autorización dada al gobierno en el segundo Decreto no fue para señalar el plazo libremente sino para modificarlo *reduciéndolo progresivamente*. En el corto término que transcurrió entre el 22 de Marzo y el 20 de Abril de 1967, el gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por la misma Ley sexta de 1967, encontró demasiado rígido el sistema originalmente adoptado según el cual los certificados de abono tributario no serían admisibles sino para el impuesto de renta y complementarios y en todo caso después de un año de emitidos. Modificó por esto el sistema para que el gobierno pudiera, en la medida de las facilidades fiscales y monetarias hacer más atractivo el aliciente para las exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, reduciendo el plazo de utilización hasta eliminarlo totalmente y permitiendo que con tales documentos se pudieran pagar otros tributos.

De estas fáciles consideraciones que surgen sin dificultades de la comparación del texto de los dos Decretos resulta a primera vista que la facultad que tiene el gobierno es para un solo objeto: *reducir el plazo de utilización de los certificados de abono tributario*.

Como por el Decreto 1997 de 1973 no se reduce el plazo existente sino que se amplía el últimamente señalado que lo fue por el Decreto 2382 de 1971, publicado en el Diario Oficial del 25 de Enero de 1972, no hay duda sobre la violación manifiesta.

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:

Es nulo el Decreto número mil novecientos noventa y siete (1997) de veintitrés (23) de Septiembre de mil novecientos setenta y tres (1973) del Gobierno Nacional por el cual se modifica el término para la utilización de los certificados de abono tributario.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Ministro de Desarrollo Económico. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha veinte de Junio de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

Gustavo Salazar Tapiero

Juan Hernández Sáenz

Bernardo Ortíz Amaya

Miguel Lleras Pizarro

Hernando Franco Rojas
Secretario



DECRETOS REGLAMENTARIOS

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. Su campo de acción no puede ser limitado por disposiciones reglamentarias. Se declara la nulidad del Decreto Reglamentario No. 1226 de 1973.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

*Bogotá, D.E., diecisiete de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao

Ref.: Expediente No. 2018

En ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 66 del C.C.A. el ciudadano Hernán Moreño Pineda, solicita la nulidad de los Artículos 1o., 2o., y 3o., del Decreto 1226 de 1973, reglamentario del 3092 de 1966, adoptado como Ley en virtud de la 48 de 1968.

Como medida preventiva en la demanda solicitó la suspensión provisional de los Artículos demandados y tal recurso tuvo prosperidad para los Artículos 1o. y 3o. del Decreto 1226, según consta en providencia de 6 de septiembre de 1973, la cual hasta el momento está en firme, pues ningún recurso se interpuso contra ella.

Según el libelo, los hechos fundamentales de la acción se reducen a los que en síntesis se enuncian: el Decreto 3092 de 1966 que se dice reglamentar estableció disposiciones para defensa del consumidor y dió autorizaciones a la Superintendencia de Regulación Económica, hoy Superintendencia Nacional de Precios. El Decreto impugnado no se refiere a la norma reglamentada y viola directamente disposiciones superiores. El Decreto 1226 se publicó en el diario oficial.

Como disposiciones violadas y por las razones que expone el libelo de demanda, se invocan por el actor el numeral 3o. del Artículo 120 de la Carta y los Artículos 619, 644, 651, 668, 757, 763, 764 y 1180 del código de comercio.

Como parte impugnadora se hizo presente, por medio de apoderado, el señor Ministro de Agricultura quien expresamente se opuso a las pretensiones de la parte actora, exponiendo argumentos encontrados con los del demandante. Por su parte el señor Fiscal 1o. de esta Corporación al descorrer el traslado para alegar de conclusión dijo, refiriéndose a los Decretos 3092 de 1966 y 1226 de 1973: "Si se hace la confrontación de las normas contenidas en uno y otro Decreto, se ve claramente que en el reglamento se exige el cumplimiento de formalidades y requisitos no contemplados en las normas reglamentadas". Y con base en providencia de esta Corporación sobre la potestad reglamentaria, cuyas citas trae, concluye que "debe accederse a lo demandado, mayormente cuando inicialmente se decretó la suspensión provisional de los Artículos 1o. y 3o., afirmándose del 2o. ser una consecuencia lógica del primero lo que en la práctica se hacía inoperante".

El caso sometido a estudio es de puro derecho por lo cual la Sala reafirma lo dicho en el auto de suspensión provisional cuando el sustanciador expresó:

"Dice el Decreto acusado en su Artículo 1o.:

"Los Almacenes Generales de Depósito que operan en el país, sólo podrán recibir productos agrícolas y sus derivados en depósito a personas naturales o jurídicas que estén autorizadas para el efecto por el Ministerio de Agricultura".

Y en su Artículo 2o. agrega:

"Para la autorización de que trata el Artículo anterior, los interesados deberán acreditar ante el Ministerio de Agricultura, que los productos agrícolas y sus derivados, objeto del depósito son de calidad homogénea, aceptada y usada en el comercio, según los

requisitos que el Ministerio de Agricultura señale y que cumplen además con las condiciones establecidas en el Artículo 1180 del Código de Comercio”.

Estima el autor de la demanda que estos dos Artículos se oponen directamente a lo preceptuado en el Artículo 1180 del Código de Comercio, toda vez que el primer Artículo “limita la celebración del contrato de depósito en Almacenes Generales sobre productos agrícolas o sus derivados, a las personas que tengan expresa autorización del Ministerio de Agricultura, requisito que al no establecerse en la Ley, no puede introducirse en un Decreto reglamentario”.

El Artículo 1180 del Código de Comercio, que dice la demanda se ha violado, reza textualmente:

“El depósito en almacenes generales podrá versar sobre mercancías y productos individualmente especificados; sobre mercancías y productos genéricamente designados, siempre que sean de una calidad homogénea, y usada en el comercio; sobre mercancía y productos en proceso de transformación o de beneficio; y sobre mercancías y productos que se hallen en tránsito por haber sido remitidos a los almacenes en la forma acostumbrada en el comercio”.

El Artículo 1o. del Decreto acusado, está imponiendo un nuevo requisito al depósito en almacenes generales, desde el momento en que exige para el depósito de los productos, agrícolas, una autorización previa del Ministerio de Agricultura, excediéndose así el contenido de la Ley.

Siendo el Artículo 2o. del Decreto acusado, una consecuencia lógica del primero, pues, señala el procedimiento para conseguir la autorización del Ministerio de Agricultura, él no podrá tener operancia dentro de la práctica, una vez suspendido el Artículo 1o. pero, del Artículo 2o. no se puede decir que exista una violación flagrante, apreciable de la simple comparación entre acto superior acusado, por lo cual, su suspensión no puede tener prosperidad.

En cuanto al Artículo 3o. impugnado, que también es una consecuencia lógica del Artículo 1o. cabe observar que en el supuesto caso de que se hiciera el depósito en almacenes generales en las condiciones señaladas en el Artículo 1o. del Decreto que se acusa, el Artículo 3o. sí se enfrentaría a los principios consignados en los Artículos 644, 651, 757, y 764 del Código de Comercio, toda vez que estaría limitando la negociabilidad de los títulos valores que se expiden como consecuencia del depósito de mercancías en los almacenes generales de depósito. Siendo este quebranto apreciable a la simple vista, debe prosperar la suspensión de este Artículo.

puesto que las exigencias legales y doctrinarias han concurrido en el caso de autos para soportar esta medida cautelar en acciones como la entablada por el señor Moreno Pineda”.

Resta sólo agregar que, si el reglamento según los doctrinantes y la reiterada jurisprudencia del Consejo, debe limitarse a dar facilidad de aplicación a la Ley y para que ella cumpla a cabalidad los efectos para los cuales fue dictada, sujetándose en un todo a sus disposiciones, la potestad reglamentaria no puede jamás rebasar los límites fijados por la propia norma cuya reglamentación se pretende. Y si tal sucede, habrá exceso en el ejercicio de esa potestad, con violación expresa del numeral 3o. del Artículo 120 de la Carta.

Como en el caso de autos se observan claramente los quebrantos anotados, que son los mismos invocados por el demandante, sin necesidad de más consideraciones al respecto, se impone la anulación del Decreto impugnado.

Por todo ello, 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:

Es NULO el Decreto número 1226 de 27 de junio de 1973, dictado por el señor Presidente de la República en asocio de sus ministros de Agricultura y Desarrollo Económico y “por el cual se reglamenta el Decreto número 3092 de 1966, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968”, sin perjuicio de las autorizaciones dadas por el Decreto 3092 de 1966 a la actual Superintendencia Nacional de Precios.

Comuníquese el presente fallo a los señores Ministros firmantes del Decreto 1226 para el fiel cumplimiento de esta sentencia.

Archívese el expediente dejando constancia que este fallo se discutió y aprobó en la sesión de la Sala del día 14 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Carlos Galindo Piniña

Alfonso Arango Henao

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge A. Torrado T.
Secretario



CAPITULO SEGUNDO

Resoluciones Ministeriales
y otros actos de los Ministerios

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. Participación de los Municipios. Su distribución corresponde a los Departamentos. Se declara nulo el Artículo 2o. de la Resolución No. 5536 de 1973, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., catorce de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.

*Ref.: Expediente No. 2533
Actor: César Castro Perdomo*

Cumplido el trámite del juicio ordinario procede la Sala a decidir la demanda de nulidad del Artículo 2o. de la Resolución No. 5536 de 1973 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitada por el doctor César Castro Perdomo.

SE CONSIDERA:

La Ley 33 de 1968 cedió a los Departamentos, al Distrito Especial de Bogotá y a los Municipios un 30% del impuesto sobre las ventas, para ser

distribuído así: el 70% entre los Departamentos y el Distrito Especial de Bogotá en proporción a sus habitantes y el 30% entre las mismas entidades por partes iguales y textualmente disouso:

“Parágrafo 2o. La participación de que trata el presente Artículo será pagada por la Nación a las entidades beneficiadas, regular y periódicamente, dentro de cada vigencia fiscal.

“Parágrafo 3o. Los Departamentos, a su vez, distribuirán entre los Municipios de su jurisdicción el 50% de la participación que les corresponda por este concepto, distribución que harán en proporción al número de habitantes de los respectivos municipios de acuerdo con el último censo de población elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—, dentro de los treinta días siguientes al recibo total o parcial de la participación”.

Posteriormente la Ley 46 de 1971, prescribió:

“Artículo 8o. A partir de 1973, la participación del impuesto sobre las ventas de que trata la Ley 33 de 1968, será distribuída por los Departamentos en su totalidad, entre los Municipios proporcionalmente al número de habitantes de cada uno de éstos, de acuerdo con el último censo de población elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), dentro de los treinta días siguientes al recibo total o parcial de la participación.

“Artículo 9o. Las autoridades de las entidades territoriales a que se refiere esta Ley a quienes la Constitución o la Ley han concedido la iniciativa en el gasto público, deben dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en este estatuto. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público aplicará las medidas necesarias para el estricto cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y de las obligaciones que ella impone a las entidades territoriales”.

Por último, la Ley 9a. de 1972 establece:

“Artículo 55. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley 46 de 1971, en la cesión que hagan los Departamentos entre los Municipios de su jurisdicción, de la participación sobre el impuesto a las ventas, deducirán el 26,4% con destino a incrementar los aportes a las Cajas de Previsión Seccionales, de que trata el Decreto-Ley 435 de 1971”.

En desarrollo de la norma consignada en el Artículo 9o. de la Ley 46 de 1971, el Ministro de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución número 5536 de 12 de junio de 1973 “por la cual se reglamenta la

liquidación y giro de la participación sobre el impuesto a las ventas”, que en su Artículo 2o. dispone:

“El Ministerio de Hacienda, por conducto de la Dirección General del Presupuesto distribuirá y girará a favor de los Municipios del país, el 73.6% del valor que a cada Departamento corresponde como participación en el impuesto a las ventas, con estricta sujeción al último censo de población aprobado por el Congreso”.

El demandante doctor Castro Perdomo estima que esta norma es violatoria de lo estatuido en la Ley 46 de 1971, pues en tanto que ésta escogió a los Departamentos respectivos como entidades distribuidoras de las participaciones, por aquéllas se les sustituyó por la Dirección General del Presupuesto.

El fiscal de la Corporación doctor Solanilla Nieto conceptúa que en su sentir la violación es manifiesta pues al paso que la Ley 46 dispone que la totalidad del impuesto a las ventas se distribuye a los municipios por los Departamentos, la resolución acusada ordena que lo sea por la Dirección General del Presupuesto.

Como se dijo en el auto de suspensión provisional de los efectos de la norma acusada, el querer del legislador resulta bien claro de la simple lectura de las Leyes 33 de 1968, 47 de 1971 y 9a. de 1972 en el sentido de que la participación que corresponda a los municipios en el impuesto sobre las ventas se distribuya por los Departamentos, seguramente con el propósito de hacer efectiva la independencia administrativa de las entidades territoriales de que tratan los Artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional.

Del derecho romano viene la regla según la cual cuando la Ley está concebida con palabras tan claras que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador no debemos eludir su tenor literal so pretexto de penetrar en su espíritu, regla que es la misma que consagra el Artículo 27 del Código Civil. Y según los expositores el sentido de la Ley es claro cuando el alcance de la disposición se entiende por su sola lectura, sea porque considerada aisladamente de las demás no origina dudas, sea porque relacionada con ella no denota discordancia.

De allí que las razones de orden práctico expuestas por el abogado del Ministerio de Hacienda para justificar la norma enjuiciada, tales como que así se agiliza el trámite del giro a los municipios utilizando los sistemas técnicos de computación automática de datos y que los Departamentos son creaciones artificiales que están condenados a desaparecer, por lo que el procedimiento adoptado por la resolución es al que mejor consulta la

idea de que la participación de los municipios en el impuesto sobre las ventas se gire directamente a éstos sin pasar por los Departamentos, podrían servir para fundamentar una reforma legal, pero no permiten a la administración variar lo que aparece patente en las Leyes comentadas, esto es, que la distribución deben hacerla los Departamentos y no la Dirección General del Presupuesto.

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

FALLA:

Declárase nula la disposición con enida en el Artículo 2o. de la Resolución número 05536 de 12 de junio de 1973 dictada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Envíese copia íntegra de esta providencia al citado Ministerio para su conocimiento y cumplimiento.

Revalídese el panel común (Decreto-Ley 284 de 1973, Artículo 32).

Cópiese, notifíquese y oportunamente archívese el expediente.

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

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

PENSION DE JUBILACION. Se liquida sobre lo devengado por el empleado o trabajador en el último año de servicios, así provenga de distintas entidades.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

*Bogotá, D.F., quince de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consciero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez.

Ref.: Juicio No. 800

Demandante: Hernando Afanador Cabrera.

Resoluciones Ministeriales.

Por medio de apoderado legal y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, consagrada en el Artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, el Doctor HERNANDO AFANADOR CABRERA, instauró demanda ante esta Entidad, a objeto de que hiciese las siguientes declaraciones:

“Que es nula parcialmente la Resolución número 6110 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional con fecha 6 de octubre de 1972, en los Artículos 1o. a 4o., inclusive.

“Que a título de reconocimiento del derecho se restablezca al señor Doctor Hernando Afanador Cabrera, con cargo al Ministerio de Defensa, repitiendo contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional de Cundinamarca y Caja de Previsión Social, de Bogotá, D.E., en el derecho a percibir una pensión jubilatoria en cuantía del 75% del sueldo mensual de \$ 16.045.64 ml. integrado por las sumas parciales de \$ 5.545.64 recibida del Ministerio de Defensa Nacional; \$ 6.000.00 recibida del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y \$ 4.500.00 recibida de la Caja de Previsión Social de Bogotá, D.E., incluyendo primas y suplementos, si fuere el caso, o la pensión que resulta deducida de los valores percibidos por el actor dentro de este juicio, es decir, tomando en cuenta los sueldos acumulados que el actor percibe por razón de la prestación de servicios médicos a cargo de Entidades Oficiales, a partir del día 1o. de septiembre de 1972, en que venció el término de calificación de servicios, valores pensionales que deberán pagarse en caso de condena dentro del término del Artículo 121 del C.C.A. previa deducción de valores que se hubieren recibido por el mismo concepto”.

Los HECHOS en que el demandante fundamenta sus pedimentos, los expone así:

“El señor Doctor Hernando Afanador Cabrera fue pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional mediante la Resolución número 6110 del 6 de octubre de 1972, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, con más de 20 años de servicios oficiales.

“La Resolución número 6110 de 1972, 6 de octubre, contiene el reconocimiento de prestaciones sociales por concepto de pensión jubilatoria, causándolo a partir del 1o. de septiembre de 1972, tomando en cuenta únicamente un sueldo de \$ 5.561.64, recibido del Ministerio de Defensa Nacional, sin tener en cuenta el sueldo de \$6.000.00 recibido en el último año de servicios en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el de \$ 4.500.00 recibido de la Caja de Previsión Social de Bogotá, D.E. Entidades oficiales éstas a las cuales estaba vinculado con prestación de servicios médicos, el actor.

“El Ministerio de Defensa Nacional en su Resolución número 6110 de 1972, 6 de octubre, en el Artículo 4o. niega las peticiones atinentes al reconocimiento de la pensión liquidada, tomando en cuenta la totalidad de los sueldos por el actor percibidos en razón de los servicios médicos prestados además del Ministerio de Defensa Nacional, al Instituto Colombiano de Seguros Sociales que es una Entidad de derecho social y a la Caja de Previsión Social del Distrito”.

Aduce el actor como normas violadas, los Arículos 17 y 64 de la Constitución Nacional; 1o. de la Ley 24 de 1947 y 21 de la Ley 72 de ese mismo año; y 2o. de la Ley 5a. de 1969. Al explicar el quebrantamiento de las disposiciones citadas, hace un breve pero conciso estudio en el que reproduce algunas doctrinas del Consejo de Estado, en apoyo a los planteamientos que presenta en la demanda.

El juicio ha recibido la tramitación legal correspondiente y como se encuentra agotado el procedimiento sin que se observe nulidad alguna, la Sala pasa a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Al emitir su concepto reglamentario la Fiscalía Cuarta de la Corporación fue de parecer que las peticiones formuladas en el libelo, deben prosperar. Así lo solicitó a la Sala, después de un pormenorizado análisis del problema controvertido, y al cual pertenecen los siguientes apartes:

“La cuestión debatida en el caso bajo estudio es, en síntesis, la siguiente: el actor prestó servicios por más de veinte años al Ministerio de Defensa Nacional. En los últimos años igualmente laboró en forma simultánea con la Caja de Previsión Social de Bogotá y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Cundinamarca. En tales condiciones debe establecerse si para liquidar el valor de su pensión puede tomarse en cuenta los sueldos devengados en la Caja y en el Instituto.

“Observa la Fiscalía, en primer término, que la pensión se liquida sobre lo devengado por el empleado o trabajador en el último año de servicio. Ciertamente, el Ministerio reconoció dicha prestación sobre lo devengado en ese lapso, pero sin computar los sueldos que percibió el demandante en otras Entidades también de carácter oficial. Considera este Despacho que tales remuneraciones deben computarse para efectos de la jubilación, toda vez que estas hicieron parte de la asignación correspondiente al último año de servicio.

“En efecto, las prestaciones sociales son resultado de los servicios que el empleado o trabajador presta al patrono o al Estado. En el caso bajo estudio, el demandante ha servido a distintas dependencias del Estado y de dicha relación empleado Estado surge el derecho prestacional, sin que tal situación se modifique porque los servicios se hayan prestado a una o varias Entidades estatales.

“Ahora bien, la Ley no distingue ni delimita el sueldo que debe tomarse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es decir, no

establece que sólo lo percibido en un organismo o Entidad oficial pueda servir de base para liquidar dicha prestación. Por tanto, estima la Fiscalía que atendiendo el sentido general de la norma en cuanto dispone que la base de la pensión es lo devengado en el último año de servicios, bien puede tomarse en cuenta lo percibido en dicho lapso, así provenga de distintas Entidades. Porque si el demandante se le permitió laborar en varias dependencias estatales, sin objeción alguna y remunerándole sus servicios en cada una de éstas, lógicamente, tales asignaciones, todas de carácter oficial, constituyen el valor de lo percibido en el último año de servicio.

“De lo anterior concluye la Fiscalía que el actor tiene derecho a que se le liquide su pensión jubilatoria computando las asignaciones que devengó en las Entidades aludidas, sin perjuicio de que el Ministerio repita en las cuotas correspondientes contra aquéllas. En consecuencia, se solicita del Consejo de Estado un pronunciamiento favorable a las peticiones de la demanda”.

La Sala considera acertadas las anteriores razones expuestas por la Agencia del Ministerio Público, porque encuentran pleno respaldo tanto en la realidad del proceso, como también en las disposiciones invocadas en el mismo.

Solamente cabría agregar que la remuneración de los Médicos cuando estos laboran por horas en diferentes Entidades, sin que sus servicios sean de tiempo completo, equivalga a percibir más de un estipendio durante la misma jornada, sino que por estar vinculados a distintas Instituciones con diversos horarios, cada una de ellas les paga el salario correspondiente a las horas trabajadas, pudiéndose así llegar a la conclusión de que se trata de una sola asignación cubierta por esos organismos, y teniendo derecho a que la pensión se reconozca y liquide con base en el sueldo total que hayan recibido durante el último año de su vinculación a tales Entidades.

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

FALLA:

PRIMERO. Es parcialmente nula la Resolución número 6110 del 6 de octubre de 1972, originaria del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto por medio de ella se le reconoció al Doctor HERNANDO ARIANADOR CABRERA, una pensión de jubilación, sin tener en cuenta los sueldos mensuales devengados en el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y en la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá.

SEGUNDO. En consecuencia, el Ministerio de Defensa Nacional, dentro del término que señala el Artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, reconocerá y pagará al demandante, una pensión mensual de jubilación vitalicia, incluyendo en su liquidación las asignaciones devengadas durante el último año de servicios en el Instituto de Seguros Sociales y en la Caja de Previsión del Distrito Especial de Bogotá, conforme a los certificados que obran en el cuaderno de antecedentes administrativos, sin sobrepasar el tope legal de diez mil pesos (\$ 10.000.00), y con derecho a repetir de las citadas Entidades, los valores correspondientes a las cuotas que se les asignen.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el tres (3) de mayo, de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

Nemesio Camacho Rodríguez

Alvaro Orejuela Gómez

Rafael Tafur Herrán

Eduardo Aguilar Vélez

Susana M. de Echeverri
Secretaria

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

HORAS EXTRAS Y JORNADA NOCTURNA. Distinciones entre estos dos fenómenos laborales. Origen y desarrollo legales en la legislación vigente.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

*Bogotá, D.E., veinte de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez

Ref.: Juicio 1812

Demandante: Pedro Pablo Beltrán

Méndez y Otros.

Resoluciones Ministeriales

Procede la Sala a resolver la consulta ordenada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y tres (1973), al decidir, en primera instancia, el juicio promovido ante esa Corporación, mediante apoderado, por los señores PEDRO PABLO BELTRAN M., LUIS ENRIQUE BELTRAN, JOSE JOAQUIN GARCIA M. y OTROS, en cuya demanda se solicitó hacer las siguientes declaraciones:

“Que es nulo el ‘Artículo Quinto’ de la Resolución número 3130 fechada el 22 de julio de 1970, y notificada el 3 de marzo de 1972, expedida por el señor Ministro de Obras Públicas, en cuanto deniega el reconocimiento y pago del trabajo nocturno, cumplido por los actores, en el espacio de tiempo comprendido entre el 22 de agosto de 1966 y 22 de agosto de 1969, y el lapso subsiguiente hasta la fecha de la Resolución acusada en su empleo de Celadores Recaudadores del impuesto de Peaje adscritos al Ministerio de Obras Públicas. (C.C.A. Artículos 66 y 67).”

“Que como consecuencia de las nulidades que se decreten, se condene a la Nación, al restablecimiento del derecho quebrantado a los actores, reconociéndoles y ordenando liquidarles y pagarles por el Ministerio de Obras Públicas, el valor de la jornada nocturna de trabajo, servida por los actores de 1966 al 22 de julio de 1970, o durante su relación laboral, en el espacio de tiempo indicado, con recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre sueldos ordinarios diurnos, como lo dispone la Ley 64 de 1966.

“Que, igualmente, se condene a la Nación a que por conducto del Ministerio de Obras Públicas, dentro del término de 30 días, contados desde la ejecutoria del fallo, dé estricto cumplimiento a la sentencia que se adopte. Y si así no lo hiciera al pago de los intereses legales que se causen por la mora en el pago, desde el vencimiento del plazo legal. (C.C.A. Artículos 120 y 121).”

Fundamentaron los actores sus pedimentos precedentes, en los **HECHOS** que se insertan a continuación:

“Mis representados, desde cuando fue adscrito al Ministerio de Obras Públicas, el servicio público de vigilancia, celaduría y recaudación del impuesto de PEAJE, han sido llevados al trabajo oficial mediante Resoluciones Ministeriales, posesión y destinación gubernativa. Tienen, pues, el carácter de EMPLEADOS PUBLICOS NACIONALES.

“En la práctica mis representados tienen como funciones: a) Procurar con especial cuidado el cumplimiento de las Leyes y Reglamentos sobre impuesto de Peaje; b) Observar los movimientos de los conductores para impedir la evasión del pago del impuesto de Peaje; c) Ejercer la vigilancia ordenada por la autoridad pública para el estricto recaudo del impuesto; d) Recibir los dineros de base cada día al iniciarse su turno (\$ 50.00 a \$ 100.00); e) Recibir las tiqueteras o especies fiscales para la recaudación del impuesto; f) Entregar el dinero recaudado al Jefe Coordinador del Peaje; g) Custodiar los

muebles y enseres, tiqueteras, las cuentas, las lámparas de gasolina, y vigilar durante la noche los elementos de trabajo y las máquinas y vehículos del Ministerio de Obras Públicas, y los dineros recaudados: h) Cobrar y recibir los impuestos de Peaje.

“Los mismos empleados hacen tres turnos así: de 7 a.m. a 3 p.m., primer turno de ocho horas continuas; de 3 p.m. a 11 p.m., segundo turno de ocho horas continuas; de 11 p.m. a 7 a.m., tercer turno de ocho horas continuas. La índole del trabajo hace que no se haya podido organizar un descanso racional por cada turno-jornada, siendo de anotar que el único descanso que es el del tercer turno-jornada, sólo puede computarse sobre ocho horas que son las servidas en ese turno, pero queda por fuera de compensación el tiempo servido en los turnos-jornadas restantes.

“El *trabajo nocturno* que comprende cinco horas del segundo turno-jornada y el trabajo habitualmente nocturno que comprende el tercer turno-jornada, pueden remunerarse según lo considere más justo el Ministerio, o por medio del recargo del 35% sobre los sueldos para la jornada diurna, o por medio de pago de horas extras nocturnas.

“En forma habitual trabajan mis representados todos los días de la semana, invariablemente, los días domingos y los días de fiesta nacional y religiosa.

“Los sueldos que devengan los empleados a quienes represento son los siguientes: Coordinador \$ 2.100.00; Jefe de Vías \$ 1.840.00; Recaudadores \$ 1.740.00.

“Los riesgos sobre asaltos, robos, hurtos, son cubiertos mediante fianzas hasta por \$ 10.000.00 que sufraga el Ministerio. Pero los riesgos sobre la integridad personal, heridas, atracos, muertes, no están asegurados en forma alguna y es, por lo tanto, justo, que se reconozca, al menos, lo que la Ley ordena en materia de sueldos.

“Con fecha 14 de julio de 1969, en petición dirigida al señor Ministro de Obras Públicas, mis representados reclamaron al Gobierno el pago de su jornada nocturna con el recargo legal, y mediante la providencia acusada les fue denegado en base a la siguiente motivación, visible en la parte motiva de la Resolución Ministerial, cuya nulidad en lo pertinente se demanda: “QUE NO EXISTE ORDENAMIENTO LEGAL ALGUNO, RESPECTO DEL RECARGO POR TRABAJO NOCTURNO, PARA EMPLEADOS PUBLICOS”.

En el libelo se indican como violados con la expedición del acto impugnado, los Artículos 17 de la Constitución Nacional; 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo; 1o. de la Ley 64 de 1946; y 1o. y 2o. del Decreto-Ley 3181 de 1968. Sobre cada una de las anteriores normas, hace el apoderado de los demandantes un breve pero bien concebido estudio jurídico, para explicar su quebrantamiento.

Siendo que la consulta se resuelve de plano, la Sala pasa a decidirla, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Fiscalía Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en su vista reglamentaria, fue de concepto que las súplicas de los demandantes, deberían prosperar, basándose en estas razones:

“Los actores tienen el carácter de empleados públicos nacionales y, en consecuencia, se encuentran amparados por las normas laborales especiales dictadas para los mismos.

“La única razón aducida por el acto acusado, para negar el reconocimiento del recargo por trabajo nocturno, es la no existencia de ordenamiento legal alguno que lo consagre. Sin embargo, la demanda sostiene que tal derecho se encuentra consagrado en el Artículo 1o. de la Ley 64 de 1946.

“El Artículo 1o. de la Ley 64 de 1946, dice:

“ Artículo 1o. La jornada ordinaria diurna estará comprendida entre las seis (6) horas y las diez y ocho (18) horas, y la jornada ordinaria nocturna entre las diez y ocho (18) horas y las seis (6).

“ Esta se pagará con un recargo del treinta y cinco por ciento 35% sobre la jornada ordinaria diurna. Queda en estos términos modificada la parte primera del parágrafo 3o. del Artículo 3o. de la Ley 6a. de 1945.”

“La norma anteriormente transcrita es aplicable a todos los empleados públicos y trabajadores oficiales, por lo cual sí existe ordenamiento jurídico, respecto del recargo por trabajo nocturno para los empleados públicos”.

A su vez, el Tribunal, al acoger, lo expresado por la Agencia del Ministerio Público en el fallo que se examina, dijo:

“Se trata de dilucidar en el presente caso, si los empleados del ramo de peaje, dependientes de Ministerio de Obras Públicas, tienen derecho a remuneración especial por trabajo nocturno.

“La Resolución acusada fundamenta la negativa a esta petición, en la ausencia de norma legal que consagre tal derecho.

“Sin embargo, como acertadamente lo afirma la demanda y también el señor Fiscal del Tribunal, el Artículo 1o. de la Ley 64 de 1946, aplicable por disposición misma de la Ley a los empleados públicos y trabajadores oficiales, previó un recargo del 35% sobre la jornada ordinaria diurna, para la nocturna que está comprendida entre las 18 horas y las 6 A.M.

“No son necesarias, entonces, demasiadas elucubraciones para concluir que no sirviendo como excusa la ignorancia de la Ley, debe aplicarse a las personas que se encuentran dentro de los supuestos en ella contemplados.

“Ese es el caso que se estudia, pues los demandantes han comprobado su calidad de empleados públicos al igual que su trabajo durante la jornada nocturna; por consiguiente, debe ser anulado el Artículo 5o. de la Resolución 3130 del 2 de julio de 1970, por ser contrario a los ordenamientos constitucionales y legales invocados en la demanda.

“No sobra agregar que ya con anterioridad este mismo Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse en caso similar, en igual sentido, mediante providencia de 20 de octubre de 1966, de la cual fue ponente el Dr. Alvaro Orejuela Gómez. También el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia de 14 de agosto del presente año, resolvió favorablemente las peticiones de la demanda siendo estas las mismas que aquí se debaten.

“Es de advertir que, aunque en la demanda se indica que el negocio es de única instancia, teniendo en cuenta la cuantía más alta para uno de los demandantes, por tratarse de una acción de plena jurisdicción de carácter laboral en la cual se controvierte un acto de orden nacional, al tenor de lo dispuesto por el literal a) numeral 2o. del Artículo 32 del Decreto 528 de 1964, este Tribunal conoce en primera instancia”.

Como bien lo manifiesta el Tribunal en la parte motiva de la sentencia antes transcrita, el caso controvertido es perfectamente claro, y de consiguiente, no ofrece duda alguna para reconocer a los demandantes el derecho invocado por ellos.

Sin embargo, en tratándose de Horas Extras y Jornada Nocturna, la Sala estima oportuno hacer algunas distinciones entre estos dos fenómenos de carácter laboral y el origen y desarrollo legales que cada uno de ellos ha tenido en la legislación vigente del país.

En términos generales, la jornada ordinaria de trabajo puede ser diurna o nocturna. También puede ser diurna y nocturna si así se ha convenido o reglamentado.

Por lo mismo, las horas extras pueden ser diurnas o nocturnas, si se agregan ocasionalmente a la jornada diurna o a la nocturna.

Las horas extras están definidas por el Artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

“Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede la máxima legal”.

Y según el Artículo 161 *ibídem*, la duración máxima legal es de ocho (8) horas al día y de cuarenta y ocho (48) a la semana.

Las horas extras, estuvieron prohibidas de pago en forma absoluta para los trabajadores oficiales, desde la expedición de la Ley 141 de 1948, Artículo 12, hasta el 26 de diciembre de 1968, en que por Decreto-Ley número 3181 de ese mismo año, se concretó la prohibición al sector nacional, quedando libres de reglamentarlas los Departamentos y los Municipios, con la excepción de que para la parte oficial se autorizó su pago en los tres casos allí enumerados. Finalmente, el Decreto-Ley número 1912 del 19 de septiembre de 1973, en su Artículo 12, eliminó la antigua prohibición, reemplazándola por una permisión general de pago, al estatuir: “Cuando sea necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria, por razones urgentes del servicio, el Jefe del organismo respectivo, podrá autorizar descanso compensatorio o pago de horas extras”, con sujeción a los requisitos que esa misma norma establece.

La jornada nocturna está definida en la Ley en forma separada, como cuestión distinta de las horas extras para un tratamiento y pago también diferentes. Así lo determinan los Artículos 160 y 168 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyos textos, respectivamente, rezan:

“1. Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las diez y ocho (6 p.m.).

“2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las diez y ocho horas (6 p.m.) y las seis (6 a.m.)

“El trabajo nocturno, por el solo hecho de ser nocturno, se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno”.

En igual sentido se expresa la Ley 64 de 1946, la cual en su Artículo 1o., preceptúa:

“La jornada ordinaria diurna estará comprendida entre las seis (6) horas y las dieciocho (18) horas, y la jornada ordinaria nocturna entre las dieciocho (18) horas y las seis (6). Esta se pagará con un recargo de un treinta y cinco por ciento (35%) sobre la jornada ordinaria diurna.

“Queda en estos términos modificada la parte primera del párrafo 3o. del Artículo 3o. de la Ley 6a. de 1945”.

La anterior distinción que hace el Código Sustantivo del Trabajo como simple distribución metodológica de dos fenómenos laborales diferentes y autónomos, es un criterio común que puede aplicarse tanto en el derecho público como en el privado, cuando quiera que se esté en presencia de diferendos surgidos en uno u otro campo, por la determinación exacta de si un trabajo debe considerarse como simple hora extra o como jornada laboral completa, para la aplicación de las disposiciones legales que regulen 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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y tres (1973).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el diecisiete (17) de mayo de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

Nemesio Camacho Rodríguez

Alvaro Orejuela Gómez

Eduardo Aguilar Vélez

Rafael Tafur Herrán

Susana M. de Echeverri
Secretaria

CAPITULO TERCERO

Actos de otras Autoridades

Administrativas del Orden Nacional



CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

COMPETENCIA. La excepción al principio general de que a toda persona natural o jurídica se le demanda en su domicilio, opera cuando es la Nación la que actúa como demandada o demandante, pero no entrándose de Entidades Descentralizadas del orden nacional.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

*Bogotá, D.E. veinticinco de enero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán

Expediente No. 1411

El señor ANTONIO JOSE ARAGON, por conducto de apoderado y en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, hubo de formular las siguientes peticiones:

“Primera. Declárase la nulidad de la Resolución No. R.J.6763 de 11 de diciembre de 1972, originaria de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social, en Bogotá, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Antonio José Aragón.

“Segunda. La Caja Nacional de Previsión Social, en Bogotá, pagará al señor Antonio José Aragón, de condiciones civiles conocidas, una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de Un mil trescientos treinta y ocho pesos, con cuarenta y un centavos (\$ 1.338.41) pensión que se decreta por esta sentencia, desde el día 13 de junio, hasta el 1o., de abril del año en curso (1973) y del 1o. de abril del presente año, en ADELANTE, en cuantía de UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$ 1.572.25) m/cte. suma que se pagará por conducto de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, Seccional del Valle del Cauca, en Cali.

“Tercera. La Caja Nacional de Previsión Social tiene derecho a repetir por las cuotas partes que le corresponden a las siguientes entidades. . . .”

El Tribunal por auto de julio 16 de 1973 inadmitió la demanda “por no ser competente para conocer de ella”. Se fundó en que el acto impugnado fue expedido por una entidad descentralizada que tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá y por consiguiente es el Tribunal de esta última ciudad el que debe conocer de la acción puesto que no se trata de un juicio contra la Nación de los previstos en el Artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964.

Como no accediera a revocar la interior determinación y concedió en cambio el recurso de apelación interpuesto en subsidio, el *aquo* ha enviado la actuación al Consejo donde se le ha dado el trámite de rigor.

No ha sustentado el recurrente su apelación.

Para esta Sala el Tribunal está en lo cierto. Efectivamente:

Trátase de una acción de plena jurisdicción que, al prosperar, acarreará a la entidad que expidió el acto acusado el pago de una prestación. Ha de considerársele así verdadera parte.

¿Dónde debe o deberá demandársele? Sin duda en su domicilio conforme a las reglas generales de competencia.

Sólo respecto de la Nación está consagrado tanto por el Artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964 como por el Artículo 23, numeral 1o., del actual C. de Procedimiento Civil, que si es ella la que demanda lo hará en el domicilio del demandado, y si la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante.

Disposiciones como esta última y otras del mismo C. de Procedimiento están indicando que una situación especial desde el punto de vista del proceso no la conserva sino la propia Nación. Ni siquiera las entidades descentralizadas del orden nacional.

En cuanto a éstas, el mismo Artículo 23 de dicha obra en su numeral 18 establece:

“De los procesos contenciosos en que sea parte un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o de alguna de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, conocerá el juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada. Cuando ésta se halle formada por una de tales entidades y un particular, prevalecerá el fuero de aquélla”.

Es significativa la parte final: el fuero de la entidad prevalece aun en el caso de ser varios los demandados.

Ahora bien: la regla general es que a toda persona natural o jurídica se la demanda en su domicilio (Artículo 23. 1o.).

Confírmase, por tanto, el auto apelado de fecha 16 de julio de 1973 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la presente actuación. Pase ella al Tribunal de Cundinamarca como lo ordenó el *a-quo*, y, mediante oficio, hágasele saber al mismo el sentido de esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada en sesión de fecha 25.1.74.

Eduardo Aguilar Vélez

Rafael Tafur Herrán

Nemesio Camacho Rodríguez

Alvaro Orejuela Gómez

Susana M. de Echeverri
Secretaria

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

ACCIONES. De sociedades anónimas. Su negociación. Requisitos.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., siete de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

PropONENTE: Dr. Miguel Uleras Pizarro

Ref.: Radicación 2238. Nulidad de las Resoluciones números 1367 y 1617 de 5 y 29 de mayo de 1972 del Superintendente Bancario. Demandantes: Carlos Pacheco Devia y Eduardo Cuéllar Caicedo.

Los señores Carlos Pacheco Devia y Eduardo Cuéllar Caicedo por intermedio de apoderado demandar la nulidad de las Resoluciones números 1367 y 1617 de Mayo de 1972 por medio de las cuales el superintendente bancario finalmente impuso a cada uno de los demandantes multa de \$ 10.000.00.

El superintendente adujo la facultad que le confiere el Artículo 5o. del Decreto 3233 de 1965 y afirmó que la pena se impuso porque los

demandantes violaron los preceptos de los Artículos 111 y 112 del Decreto 2521 de 1950.

Los fundamentos de derecho, las disposiciones violadas y el concepto de la violación los explican así los demandantes:

“Las Resoluciones acusadas son nulas por ser violatorias de la Ley en diversos aspectos: a) En primer lugar desconocen la capacidad legal de las sociedades anónimas “Inversiones Pacheco Cortés S.A.” e “Inversiones Cuéllar Gnecco S.A.” para adquirir libremente acciones de la “Sociedad Colombiana de Capitalización S.A.” al confundir la personería y poder jurídico de ellas con las de las personas naturales que las representaban legalmente. b) Las Resoluciones impugnadas desconocen el hecho de que la tan traída y llevada compraventa de acciones de la Colombiana de Capitalización fue dada a conocer por la Junta Directiva, entidad que se consideró inhibida para aprobarla o improbarla por no tener la entidad compradora ingerencia alguna en la administración de la compañía de que se trata: al correspondiente, escrito de reposición llevé copia autenticada del acta correspondiente, en relación con la cual el Superintendente afirma con originalidad o temeridad pasmosas que “como la autorización se solicitó a nombre de estas sociedades (las compradoras) y no directamente por los señores Pacheco y Cuéllar, es lógico que se empleó un procedimiento equivocado. . . .” Pero cabe, entonces, preguntar: ¿Cuál es el procedimiento fijado por la Ley para poner en conocimiento de una Junta Directiva la realización de un negocio? ¿O es que la decisión de la entidad administradora de una compañía está sujeta a la regularidad de una suerte de *“legitimatío ad causam”*?

“En síntesis: el Superintendente Bancario al proferir las Resoluciones cuya declaración de nulidad demando, no sólo incurrió en errores de hecho y de derecho que le restan toda relevancia jurídica a tales actos los cuales no pueden subsistir legalmente, sino que deja pendiente la falsa imputación de que mis mandantes ejecutaron un acto legalmente irregular lo cual a todas luces no es verídico.

“DISPOSICIONES LEGALES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION”

“El Artículo 550 (Artículo 46, de la Ley 26 de 1922) del C. de C.T. vigente al efectuarse las operaciones mercantiles generadoras de la sanción, reproducía, a propósito de la sociedad anónima, el principio general contenido en el Artículo 2079 (segundo inciso) del C.C. según el cual la sociedad es una persona jurídica. . . administrada por mandatarios revocables. . . .” El Artículo 2142 del C.C. enseña que “el

mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos "*por cuenta y riesgo de la primera*" (subrayo)".

"Estos preceptos sustanciales fueron quebrantados por el Superintendente Bancario por cuanto al confundir a las sociedades compradoras con las personas de sus gerentes, y al sancionar en el peculio de éstos un acto adquisitivo celebrado por aquéllas, desconoció tanto la diferencia entre la sociedad como persona jurídica y su mandatario, como la circunstancia de que éste al ejecutar la transacción obraba "*por cuenta y riesgo*" de la sociedad y no bajo su propio y personal riesgo.

"Violó también el Superintendente los Artículos 111 y 112 del Decreto 2521 de 1950, vigente a la sazón, como quiera que pretendió aplicarlos a una situación de hecho no regulada por los preceptos, ya que las entidades compradoras no eran, ni son, ni pueden ser, gerentes o miembros de la administración de la Colombiana de Capitalización.

"Transgredió también el segundo de los mencionados preceptos al desconocer el hecho de que a la Junta Directiva de la sociedad cuyas acciones se negociaron se dió cuenta del negocio, con resultado inhibitorio.

"Vulneró también el Superintendente el Artículo 633 del C.C. al sancionar el hecho de que una persona jurídica como lo son por definición de la Ley las sociedades compradoras, ejerciera libremente el derecho a contratar que los compete por razón de su propia personalidad, inseparable de su propia capacidad civil".

Como la propia superintendencia revocó parte importante de la primera Resolución mediante la segunda el proceso habrá de limitarse a lo dispuesto en la última.

Los HECHOS pueden resumirse así:

1. La sociedad Colombiana de Capitalización S.A., (sometida a la vigilancia del superintendente bancario) es empresa subordinante de la sociedad Colombiana de Inversiones S.A., (no sometida a la vigilancia del superintendente bancario) porque posee la mayoría de las acciones de esta última:

2. A su turno la sociedad Colombiana de Inversiones S.A. era dueña de cuatrocientos sesenta y dos mil cuatrocientas ochenta acciones (462.480) de la sociedad subordinante Colombiana de Capitalización:

3. El código de comercio que comenzó a regir el 1o. de Enero de 1972 dispone que las empresas subordinadas no pueden ser dueñas de acciones de las empresas subordinantes:

4. Para cumplir este mandato la sociedad Colombiana de Inversiones comenzó a vender las acciones de su sociedad subordinante (Colombiana de Capitalización) al punto de que a mediados del mes de Diciembre de 1971 había enajenado el equivalente del 66.6% de las citadas acciones;

5. En vista de que estaba por vencerse el plazo fijado para la vigencia del código de comercio, Colombiana de Inversiones decidió vender las acciones restantes a las sociedades anónimas denominadas Inversiones Pacheco Cortés S.A. (no sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria) e Inversiones Cuéllar Gnecco S.A. (tampoco sometida a dicha superintendencia).

6. Como los señores Pacheco Devia y Cuéllar Caicedo eran administradores como gerentes o como miembros de la junta directiva de todas las sociedades mencionadas y además accionistas importantes y administradores de las dos últimas, Inversiones Pacheco Cortés e Inversiones Cuéllar Gnecco, solicitaron a la junta directiva de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. autorización para que Colombiana de Inversiones S.A. pudiera vender las acciones que aún tenía de Colombiana de Capitalización e Inversiones Pacheco Cortés S.A. e Inversiones Cuéllar Gnecco S.A. (Adelante se verá el detalle de lo ocurrido).

7. Según consta en el acta número 180 de 13 de marzo de 1972 de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. esta consideró que no había lugar a conceptuar acerca de la operación descrita.

Luego de perfeccionadas las operaciones de transferencia de la propiedad de las acciones de la Colombiana de Capitalización algunos accionistas de Colombiana de Inversiones S.A. se quejaron a la Superintendencia de Sociedades y ésta luego de investigación administrativa propuso a la Superintendencia Bancaria que emitiera varios actos de los cuales sólo quedó vigente el de la multa.

El señor fiscal luego de prolijo análisis de los hechos y sus pruebas conceptuó que no debía accederse a lo demandado o que, según convino en la audiencia, "el *quantum* de la pena puede rebajarse, en atención a la falta de ánimo especulativo que hubo en la realización de la operación, toda vez que ella la determinó el deseo de amoldarse a los nuevos ordenamientos legales del código de comercio próximo a entrar en vigencia".

Para resolver se

CONSIDERA:

Las normas del Decreto 2521 de 1950 relacionadas con el caso son así:

Artículo 111. Prohíbese a los gerentes y miembros de la administración, cualquiera que sea su denominación, comprar o vender acciones de la sociedad, por sí o por interpuesta persona, o negociar con ellas en cualquier forma o por cualquier conducto, mientras estén en el desempeño de sus cargos.

Artículo 112. Si por determinadas circunstancias, *ajenas a motivos de especulación*, alguno de los funcionarios de que trata el Artículo anterior desee negociar acciones de la compañía, deberá dar cuenta a la junta directiva y obtener la aprobación de ésta para cada operación. Sin embargo, cuando por el especial carácter y urgencia de las negociaciones proyectadas sea imposible el otorgamiento de esta autorización para cada operación, podrá la junta, con el voto de las cuatro quintas partes de sus miembros, conceder una general para realizar varias operaciones hasta por determinada cantidad de acciones.

En las sociedades que tengan por objeto una empresa de servicio público no podrá concederse ninguna de estas autorizaciones.

Artículo 113. El administrador que infringiere la prohibición consignada en los dos Artículos anteriores, perderá en favor de la sociedad las acciones negociadas, mediante decisión de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, dictada a solicitud de cualquier persona y con citación y audiencia de los interesados. (Declaración inexecutable).

Artículo 114. Para obtener las autorizaciones de que trata el Artículo 112 de este Decreto, los interesados deberán presentar por escrito su solicitud explicativa de las circunstancias y motivos que los determinen a la negociación proyectada.

Artículo 115. Estas autorizaciones expresarán las razones en que se fundan, la cantidad de acciones que comprenden y el tiempo de su vigencia, y se insertarán en las actas de las sesiones respectivas.

Artículo 116. Las autorizaciones generales no podrán extenderse a más tiempo del que sus circunstancias justificativas hagan necesario, y modificadas o desaparecidas éstas, cesarán en sus efectos.

Del mismo modo, el permiso especial no vale sino para aquellas negociaciones expresamente determinadas y de cuyo carácter tuvo conocimiento la junta.

Artículo 117. Las solicitudes mencionadas se legajarán y conservarán en el archivo de la sociedad y al pie de cada una de ellas se pondrá una nota de referencia a la sesión de la junta en que se otorgó la autorización.

Artículo 118. Concedida una autorización, se dará noticia de élla a la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a su otorgamiento, enviando copia de la solicitud y del acta con su encabezamiento y con todo lo pertinente a la Resolución respectiva.

El principio dominante de este sistema que no instituyó el Decreto de 1950 sino que lo reprodujo de análogas normas de la Ley 58 de 1931, consiste en que los administradores no pueden en ningún caso *negociar* con las acciones representativas de capital de la sociedad que administran. Por eso no pueden comprar *para sí* ni vender, aunque en la operación no obren como personas naturales sino en representación o por mandato de otras personas, naturales o jurídicas, a quienes estén vinculados por interés económico.

La excepción consiste en que puedan realizar tales operaciones siempre que:

- a) El negocio no tenga ánimo especulativo;
- b) Que la junta directiva de la sociedad de cuyas acciones se trata tenga conocimiento del proyectado negocio y lo autorice;
- c) Que tal autorización se expida cuando aparezca claro que no hay ánimo especulativo y por tanto no se afectaren los intereses de los accionistas que no son administradores;
- d) Que todo este proceso de autorización conste por escrito.

En concepto de la superintendencia de sociedades anónimas emitido *el 16 de Enero de 1951* que corre publicado en la página 300 y siguientes del libro llamado *Doctrinas 1940-1957* editado por la misma entidad se explicó:

“Ininterrumpidamente este Despacho ha venido exigiendo la autorización de la junta de directores en todo caso en que se presente una negociación, bien sea que ésta se realice entre un director y un particular o entre dos o más directores.

“La razón que ha tenido la Superintendencia para sustentar esta tesis se basa en los orígenes y la finalidad de la disposición que se comenta. Si bien es cierto que el legislador al establecerla tuvo en

miras impedir que los funcionarios a que se refiere pudieran aprovecharse de su situación privilegiada y del conocimiento que tienen de la marcha de la sociedad para adquirir o comprar acciones en perjuicio de aquellos accionistas que no forman parte de la administración, también es cierto que la finalidad primordial de ella fue la de impedir a toda costa la especulación por parte de los directores y gerentes.

“Por esto, al considerarse en el Senado el Artículo como figura en la Ley, después de sucesivas modificaciones, se dijo lo siguiente: “Los gerentes y miembros de las juntas directivas en muchos casos cometen fraudes, y con ventas ficticias de acciones les hacen subir o bajar el precio. Ha habido casos en que hacen esa clase de juegos para conseguir dinero que después se reparte”.

“Es por lo tanto, claro, que en la norma aludida quedaron también comprendidas las negociaciones de directores entre sí, ya que éstas, más que ningunas otras, pueden ser utilizadas para las ficciones que se quisieron evitar”.

En concepto *de 31 de Octubre de 1956*, publicado en la misma obra se lee:

“Aviso a usted recibo de la nota fechada el 15 de los corrientes en la que formula a este Despacho la siguiente consulta:

““En la forma más atenta me permito consultar a ese Despacho sobre el alcance de los Artículos 111 a 118 del Decreto 2521 de 1950, en armonía con el 25 de la Ley 58 de 1931.

““Conforme a dichas disposiciones, es prohibido a los miembros de la administración de las sociedades anónimas comprar, vender o negociar en cualquier forma acciones de la sociedad, mientras estén en el desempeño de sus cargos.

““Ahora bien: si, por ejemplo, la sociedad A es accionista de la sociedad B. Uno o varios funcionarios de la compañía A son miembros de la directiva de B. En caso de que la sociedad A desee vender total o parcialmente sus acciones en la sociedad B a una tercera compañía, cuyo gerente es tan bien miembro de la directiva de B, se requiere la autorización de la junta directiva de B en la forma prescrita por los Artículos citados. O bien, no siendo ni la sociedad compradora ni la vendedora miembros de la directiva de B, ¿pueden negociar libremente sus acciones en ésta?”

“Para resolver se contesta:

“La prohibición a los administradores de la sociedad anónima para negociar con acciones de la compañía que administran, se extiende a todos los casos, y sólo admite como única excepción las situaciones en que, por razones especiales, previstas en la Ley, la junta directiva autorice una negociación de tal naturaleza. El ordenamiento de dicho impedimento se funda en la necesidad de impedir que los funcionarios a que se refiere puedan aprovecharse del conocimiento que tienen de los negocios de la sociedad, para comprar, vender o negociar con acciones de la misma, en cualquier forma y por cualquier conducto, en perjuicio de aquellos accionistas que no forman parte de la administración o de terceros, y, sobre todo, con la mira de impedir, a toda costa, el lucro proveniente de la especulación.

“Así, pues, el gerente o el miembro de la junta directiva, en ejercicio de sus cargos, no pueden “en cualquier forma o por cualquier conducto” negociar acciones de la misma sociedad, bien sea por sí mismos o por interpuesta persona, es decir, que a tales funcionarios les está vedado la compra y venta, bien sea que la operación la efectúen ellos mismos o por conducto de un apoderado, o que se trate de adquirir para sí o para un tercero, o de vender por sí mismos o por otro, o de negociar las acciones “en cualquier forma o por cualquier conducto”.

“En este orden de ideas ya se había pronunciado la Superintendencia, y de una de sus doctrinas me permito transcribirles los siguientes apartes:

““El Artículo 25 de la Ley 58 de 1931 prohíbe a los gerentes y miembros de las juntas directivas o consejos de administración, negociar en cualquier forma o por cualquier conducto con acciones de la sociedad anónima que administran, mientras se encuentran en ejercicio de sus cargos. Sólo que si por circunstancias ajenas a motivos de especulación desean efectuar alguna operación, la junta directiva puede autorizarlos si en su opinión los móviles que persigue el contratante en cada caso no están influidos del espíritu de lucro proveniente de una especulación.

“Busca la Ley impedir que directores o administradores poco celosos en el cumplimiento de sus deberes de tales, se prevalgan de su situación privilegiada para provocar en provecho propio o ajeno, y en perjuicio de la sociedad y de terceros, las ventajas que pueda reportar el conocimiento que como directores tengan de la situación de la sociedad, situación que influye en el alza o baja de las acciones, para negociar las suyas o las de propiedad de otra persona, en condiciones en que no lo podría hacer un accionista desligado de la administración directa de la sociedad”.

“Naturalmente la prohibición contemplada se refiere al gerente o al director que desea comprar o vender, “o negociar en cualquier forma y por cualquier conducto con acciones de la sociedad” que administre, es decir, cuando pretende intervenir en la operación, ya sea como parte directamente interesada o a nombre o en representación de otra persona”.

“Teniendo en cuenta, en el caso consultado, que el gerente de la sociedad compradora es a la vez miembro de la junta directiva de la compañía cuyas acciones van a ser objeto de la mencionada operación y que, por tanto, va a intervenir en la negociación comprando, para la empresa que representa, títulos de la sociedad en la cual es director, es lógico concluir que tal situación queda cobijada por la norma prohibitiva antes referida.

“Por consiguiente, la negociación esbozada en su consulta sólo podrá llevarse a cabo previa autorización de la junta directiva de la sociedad B, de conformidad con lo previsto en los Artículos 112 y siguientes del Decreto número 2521 de 1950”.

Análogos conceptos pueden leerse en el volumen III de la obra sobre Derecho Comercial del doctor Gabiro Pinzón, página 323 y siguientes. En la exposición de motivos que acompañó al proyecto de Ley para adoptar el nuevo código de comercio se lee:

“6. Los administradores de la sociedad, esto es, los miembros de las juntas directivas y los gerentes, no pueden adquirir ni enajenar acciones de la sociedad que representen o en cuya gestión intervengan, sino con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, por lo menos, excluyendo el interesado. Esta autorización no puede concederse, por lo demás, sino cuando se trate de necesidades o motivos ajenos a todo propósito de especulación. La operación celebrada sin este permiso hace incurrir al responsable en una multa equivalente al cincuenta por ciento del valor nominal de las acciones negociadas, que puede imponerse, a prevención, por la Cámara de Comercio del domicilio social o por el Departamento Nacional del Comercio, de oficio o a petición de cualquier persona.

“Esta prohibición se inspira en el propósito de impedir que los administradores abusen del conocimiento que tienen de la situación de la sociedad o de sus programas de inversión para especular con las acciones de la compañía. Por eso es por lo que sólo comprende a los administradores que hayan estado o estén en ejercicio de su cargo, pues los que no lo hayan ejercido no han podido adquirir ese

conocimiento cuyo abuso se pretende impedir. Y con la regulación propuesta se pretende subsanar las dificultades que ha creado en el derecho vigente el principio consagrado en el Artículo 25 de la Ley 58 de 1931".

En resumen puede decirse que por la experiencia del mundo de los negocios aquí y en otros países, la Ley desconfía de los administradores que durante el ejercicio de su encargo compran o venden acciones representativas del capital de las empresas que administran y que esta negociación de compra o de venta es poco confiable aunque en el negocio no intervengan en su propio nombre como las personas naturales que son. La negociación sigue siendo sospechosa si en cualquiera de las partes que interviene en el contrato hay intereses de los administradores.

En el presente caso las acciones objeto del negocio, representativas de capital de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. pertenecían a la Sociedad Colombiana de Inversiones S.A. (subsidiaria o subordinada de la primera) que las vendió a las sociedades denominadas:

1. Inversiones Cuéllar Grieco S.A. de la cual es accionista Eduardo Cuéllar y
2. Inversiones Pacheco Cortés S.A. de la cual es accionista el señor Carlos Pacheco. Ver folio 22 del cuaderno segundo.

Los señores Cuéllar y Pacheco son administradores de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. por cuanto el uno, el señor Pacheco es presidente (ejecutivo) y el otro el señor Cuéllar es presidente de la junta directiva. Véase Resolución 1367 de la superintendencia Bancaria folios 3 y 6 del cuaderno número 3. Poco más del 85% de las acciones de la Sociedad Colombiana de Inversiones S.A. pertenecían a la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. Véase folio 19 del cuaderno número 2.

El Artículo 262 del código de comercio que entró a regir el 1o. de enero de 1972 prescribe que las sociedades subordinadas no podrán tener, a ningún título, parte de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Por este motivo Colombiana de Inversiones S.A. debía vender las acciones que poseía como representativas de capital de la sociedad subordinante Colombiana de Capitalización S.A. Queda claro que el motivo que determinó la negociación de las acciones no fue el de la especulación, circunstancia reconocida por la superintendencia bancaria y por el señor fiscal. Cabe advertir que contra la creencia popular, especular no tiene nada de nocivo porque es tanto como negociar con propósitos de lucro.

Las acciones que fueron objeto de negocio no pertenecían a los señores Cuéllar y Pacheco sino a la Sociedad Colombiana de Inversiones S.A. y quienes adquirieron tales acciones no fueron los señores Cuéllar y Pacheco como personas naturales sino las sociedades denominadas Inversiones Cuéllar Gnecco S.A. e Inversiones Pacheco Cortés S.A. en las cuales tenían vinculado interés económico como accionistas los señores Cuéllar y Pacheco respectivamente. Entonces los señores Cuéllar y Pacheco como personas naturales participantes en la administración de la sociedad Colombiana de Capitalización S.A. no intervinieron en absoluto en negociación de acciones propias en dicha sociedad de capitalización pero sí "se beneficiaron", si algún beneficio se produjo, de la compra que a la sociedad Colombiana de Inversiones S.A. hicieron de acciones de la Colombiana de Capitalización S.A. para las sociedades de que formaban parte como accionistas.

Examinado lo anterior conviene referirse a cada uno de los cargos contenidos en la demanda.

Se señalan como violados los Artículos 550 del código de comercio (4o. de la Ley 26 de 1922) en concordancia con el 2079 del código civil porque la sociedad es persona jurídica administrada por mandatarios revocables y el Artículo 2142 del mismo código enseña que el mandato es contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos *por cuenta y riesgo de la primera*. (las subrayas son del demandante). Se consideran quebrantados tales preceptos porque se confundió a las sociedades compradoras con las personas de sus gerentes en cuanto se mencionó sobre el peculio de éstos el acto adquisitivo que celebraron en nombre de las sociedades de las cuales eran mandatarios. Es cierto que obraron como mandatarios pero también es cierto que además de mandatarios eran accionistas de las sociedades que adquirieron las acciones. De modo que la interpuesta persona de que habla la Ley no es como ha venido sosteniéndose a lo largo de este proceso la sociedad vendedora sino la sociedad compradora o más exactamente las sociedades compradoras.

Se señalan como violados los Artículos 111 y 112 ya transcritos del Decreto 2521 de 1950 puesto que las entidades compradoras no eran ni pueden ser gerentes o miembros de la administración de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. Ello es cierto pero los señores Cuéllar y Pacheco, administradores de la Sociedad Colombiana de Capitalización también eran además de administradores de las sociedades compradoras de las acciones, *accionistas de ellas*.

También se afirma que se transgredió el Artículo 112 del Decreto citado porque no es cierto que la junta directiva de la Colombiana de Capitalización S.A. no hubiera sido informada del negocio proyectado. A este

propósito cabe transcribir parte del acta número 180 de la sesión celebrada el 13 de marzo de 1972 por la junta directiva de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A., folio 54 y siguientes del cuaderno principal:

“CARTA ENRIQUE PARDO: El Presidente leyó la carta que con fecha marzo 6 del presente año recibió del señor Enrique Pardo, carta cuyo texto se inserta a continuación:

“Bogotá, D.E. Marzo 6 de 1972

“Señor Presidente
Sociedad Colombiana de Capitalización
La Ciudad

“Apreciado señor Presidente:

“La circunstancia de que dentro del actual período solo tuve una oportunidad hace siete meses de ejercitar el cargo de Miembro suplente de la Junta Directiva de ésta compañía me hizo pensar que no era necesario solicitar la aquiescencia de tal directiva para adquirir 10.000 acciones de la sociedad.

“Pero si se considera que aún en el caso de directores suplentes que prácticamente no han cumplido acto alguno de dirección o administración, es preciso obtener la autorización de que habla la Ley, le ruego se someta prontamente a la consideración de la Junta Directiva la solicitud que adjunto.

“De ustedes con la mayor consideración,

(Fdo.)

ENRIQUE PARDO”

La Junta consideró, con el salvamento de voto del Director Samper, que eran justificadas las dudas que habían asaltado al señor Enrique Pardo a propósito de la necesidad de obtener la autorización de que habla la carta, pero, convencida como estaba de que el señor Pardo no persiguió en esa operación ningún fin especulativo, ratifica la operación y concede la autorización reclamada.

“Bogotá, D.E. Marzo 6 de 1972

“Señores
Miembros de la Junta Directiva de la

“Sociedad Colombiana de Capitalización”
La Ciudad

“Apreciados señores:

“La Asamblea General de Accionistas de ésa Compañía tuvo a bien elegirme miembro suplente de la Junta Directiva de la Sociedad. En el actual período solo asistí a una reunión de ésa directiva que se celebró el 31 de Mayo de 1971, de tal manera que no he tomado parte en ningún acto de dirección o administración recientemente cumplido.

“No obstante les solicito autorización para adquirir 10.000 acciones de la Empresa; en ésta negociación no persigo fin alguno especulativo.

“De ustedes con la mayor atención.

Fdo.)

ENRIQUE PARDO

“A continuación el Presidente manifestó que quería aprovechar la oportunidad que le ofrecían las inquietudes del señor Pardo para dar a la Junta un informe y pedirle un pronunciamiento acerca de las materias a que ese informe se refiere. Explicó el Presidente que la Sociedad Pacheco Cortés S.A. de la cual él es Presidente y es socio, ante la necesidad creada por la Ley de que el 1.º de Enero de 1972 las Sociedades Subordinadas no tuvieran acciones de las principales, había financiado 43.700 acciones de la Sociedad Colombiana de Capitalización que poseía la Sociedad Colombiana de Inversiones. Que como el propósito de esa Sociedad no era el de retenerlas, y además por otras razones que dará luego no se preocupó por la necesidad de solicitar autorización de la Junta en ese momento. Que en desarrollo del propósito que llevó a la Sociedad Pacheco Cortés S.A. a financiar temporalmente el valor de las acciones dichas, en el tiempo transcurrido desde fines del año pasado hasta esta fecha, la Sociedad mencionada negoció al precio de \$ 13.00 cada una, acciones de las que anteriormente había financiado. De tal suerte, dijo, que la Sociedad Pacheco Cortés solo se vio obligada por las circunstancias a conservar 6.690 acciones. Agregó el Presidente que si la Junta consideraba que la Sociedad Pacheco Cortés se confundía con el accionista Carlos Pacheco, la Junta debería resolver si otorgaba o no autorización para retener las mencionadas 6.690 acciones de la Sociedad Colombiana de Capitalización. La Junta después de detenidas deliberaciones, y con el salvamento de voto del Director Samper resolvió

que siendo la Sociedad Pacheco Cortés una persona jurídica, distinta a los Socios de ella, con capacidad de adquirir derechos y obligaciones, con patrimonio superior a los \$ 3'000.000.00 de pesos y organizada desde el año 1965 no podría considerarse que esa entidad requería del permiso de la Junta Directiva para adquirir y retener tantas acciones de la Sociedad Colombiana de Capitalización; y que en consecuencia se abstenía de hacer cualquier pronunciamiento en atención a la libertad de negociación que como un derecho propio tienen los poseedores de acciones de las Compañías Anónimas, con algunas excepciones que en este caso no ocurren.

“Siendo las 11:50 a.m. se terminó la reunión.

“(FDO)

(EID)

“EDUARDO CUELLAR
Presidente

NICOLAS MUÑOZ
Secretario”

Como puede verse, a la sociedad no se pidió permiso escrito anticipado sino que se le informó de la operación ejecutada varios meses antes, y no espontáneamente sino a propósito de las inquietudes planteadas por el señor Enrique Pardo.

Finalmente se indica como violado el Artículo 633 del código civil por cuanto que se impone sanción a una persona natural por hecho ejecutado por una persona jurídica. Ya se explicó que la persona natural sujeto de la pena era simultáneamente administrador de la sociedad cuyas acciones se estaban negociando para venderlas y administrador y accionista de las sociedades que estaban comprando las mismas acciones.

LA RESPONSABILIDAD Y LA PENA

Ya se dilucidó que a pesar del principio según el cual los administradores no pueden negociar con acciones de la sociedad que administran la excepción permite que lo hagan con dos condiciones: 1o. Que no tengan ánimo especulativo, o sea que el negocio no se haga con el propósito de enriquecerse y 2o. Que se obtenga autorización previa de la junta directiva.

En el considerando 6o. de la Resolución número 1367 de 1972 de la superintendencia bancaria se afirma que ese despacho no entra a estudiar el tópico de la presencia del ánimo especulativo en la transacción que es tanto como aceptar que no lo hubo porque de haberlo no sería legal que el superintendente desdeñara esta circunstancia.

La segunda condición no fue cumplida porque no se solicitó permiso previo y escrito y sólo se informó a la junta directiva con posterioridad. Debe insistirse en la razón por la cual la Ley exige el cumplimiento de este requisito. Que los administradores negocien con las acciones de la sociedad que administran sin el conocimiento de los demás accionistas es ardid que puede evitarse, según lo supone la Ley, con el informe previo que se da a los representantes de los accionistas, que son los miembros de su junta directiva, quienes han de autorizar la compra o la venta de las acciones, si encuentran que de la operación no se deduce daño alguno para los demás accionistas. En este caso aunque el informe se dió con posterioridad a la operación, los representantes de los accionistas no encontraron que fuera dañosa sino al contrario indiferente para los intereses de la empresa y de sus dueños. Cuando existía la sanción de perder las acciones a favor de la sociedad, aquella no se imponía automáticamente, ni siquiera por la determinación unánime de los miembros de la junta directiva sino que debía estar precedida de providencia judicial, porque siendo una pena no podía imponerse sin el pleno de las formalidades procesales. Desaparecida esta pena por sentencia de inexequibilidad, no desapareció la responsabilidad civil y penal de los infractores pero éstas deben deducirse con el pleno cumplimiento de los procedimientos correspondientes. Quienes pudieron recibir el perjuicio, si lo hubo, son los accionistas y son éstos los que deben demandar al juez que determine el monto del daño causado, ordene la indemnización correspondiente y, si cabe, declare el grado de responsabilidad penal e imponga la sanción que el código de la materia tenga señalada.

Las excepcionales facultades de orden penal de que dispone el superintendente bancario no pueden ejercerse para la exclusiva protección de los intereses económicos meramente privados. Empero, puede ejercerse esta excepcional facultad sin necesidad de queja ni demostración del perjuicio, si lo vulnerado no es el interés particular sino el interés público. En el presente caso este sería el único motivo que autorizaría al superintendente para utilizar sus facultades punitivas.

Sin embargo en el texto de la Resolución nada se dice acerca del interés público lesionado y de otra parte aunque se afirma que se pidieron explicaciones y que éstas fueron dadas, ningún comentario se hace para demostrar que las explicaciones fueron insatisfactorias. El desecharlas sin motivación es contrario a la Ley por el principio constitucional de que toda sentencia debe ser motivada, principio reproducido y ampliado en todas las Leyes procesales. lo que se predice de la judicial debe entenderse propio de la "sentencia" administrativa.

Hay contradicción en las breves afirmaciones del considerando 6o. de la mentada Resolución 1367 porque luego de prescindir del ánimo especulati-

vo "Se remite a observar que la determinación del valor intrínseco de la acción para efectos de la operación que nos ocupa, no fue realizada de acuerdo a (sic) las disposiciones legales aplicables, según las cuales el valor de la acción será igual al resultado de dividir el activo líquido de la sociedad por el número de acciones (Decreto 1590 de 1945)".

Aunque es discutible la vigencia del Decreto citado como estatuto único para apreciar el valor de las acciones y aunque hay información abundante en el expediente acerca de la regularidad del avalúo que se hizo antes de la venta, (entre otros el excelente dictamen del doctor Eduardo Arias Robledo, folios 77 y siguientes del cuaderno No. 3) las acciones no fueron vendidas por la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. sino por la Sociedad Colombiana de Inversiones S.A. que fue la que determinó el precio de venta y la que perfeccionó la operación y esta sociedad no está sometida a la vigilancia de la superintendencia bancaria de donde se concluye que si el precio fue o no correcto y legalmente determinado para una transacción que cumplieron personas extrañas a la vigilancia de la superintendencia bancaria, no puede ser objeto de consideraciones para un acto de esta superintendencia, independientemente de que el considerando contiene una contradicción inescapable.

En resumen:

1. Los señores Eduardo Cuéllar Caicedo y Carlos Pacheco Devia, como administradores de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. no podían negociar con acciones de esta sociedad, por sí mismos como personas naturales o por interpuesta persona, sino en el caso de que el negocio no tuviera fines especulativos y siempre que obtuvieran permiso previo y escrito de la junta directiva de la sociedad que administraban.
2. Los señores Cuéllar y Pacheco no vendieron acciones de las cuales fueran dueños como personas naturales;
3. Los mismos señores no compraron acciones de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. en su condición de personas naturales;
4. Las acciones que se vendieron pertenecían a la Sociedad Colombiana de Inversiones S.A. y las compraron las personas jurídicas denominadas Cuéllar Gnecco S.A. e Inversiones Pacheco Cortés S.A.;
5. Los señores Eduardo Cuéllar y Carlos Pacheco eran administradores de las sociedades compradoras;
6. Los señores Eduardo Cuéllar y Carlos Pacheco eran accionistas de las sociedades compradoras de acciones de la Colombiana de Capitalización

S.A. de la que eran administradores y también accionistas;

7. La interpuesta persona de que trata la Ley fue para el señor Eduardo Cuéllar la sociedad denominada Inversiones Cuéllar Gnecco S.A. y para el señor Carlos Pacheco la sociedad denominada Inversiones Pacheco Cortés S.A.;

8. La superintendencia bancaria afirma su desinterés por establecer si en la compraventa de las acciones hubo ánimo especulativo y no cuenta los motivos por los cuales consideró insuficientes o insatisfactorias las explicaciones que por pedido suyo dieron los señores Carlos Pacheco y Eduardo Cuéllar. (Folios 69 y siguientes del cuaderno No. 3).

9. El superintendente bancario no puede imponer multas por transgresión de las Leyes cuya vigilancia le está encomendada sino cuando tal transgresión no tenga señalada otra sanción y en el presente caso están las reglas relativas a la responsabilidad civil y las del código penal en el caso de que hubiesen sido violadas.

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:

Es nula la Resolución número 1367 de mil novecientos setenta y dos (1972) por la cual el superintendente bancario impuso multas a los señores Carlos Pacheco y Eduardo Cuéllar.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al superintendente bancario, Cúmplase y archívese.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha siete de Febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

Gustavo Salazar Tapiero

Juan Hernández Sáenz

Bernardo Ortiz Amaya

Miguel Lleras Pizarro

Hernando Franco Rojas
Secretario



DIRECCION GENERAL DE ADUANAS

IMPUESTO DE ADUANAS. Tiene características muy notables de orden fiscal y económico. Entra en vigor en la fecha que el Gobierno determine. Atribución constitucional permanente del Gobierno para modificar los aranceles.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E. siete de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.

Ref.: Expediente No. 2349

*Actor: Industria Colombiana de Bicicletas
El Balín, Arenas y Compañía Limitada*

Los antecedentes del asunto sometido a la decisión del Consejo de Estado de que dá cuenta este proceso son los siguientes:

A la sociedad comercial Industria Colombiana de Bicicletas El Balín, Arenas y Compañía Limitada, con domicilio en Pereira, le fue concedido el registro de importación número 1276 de 27 de octubre de 1966 y válido hasta el 31 de marzo de 1967 para importar de Alemania diez mil

rodamientos de esferas correspondien e al numeral 84.62.A del arancel de aduanas y con gravamen del 5% *ad valorem*.

La mercancía llegó al país por el puerto de Buenaventura en el buque Cartagena de Indias el 7 de abril de 1967 y las autoridades de aduanas la aforaron como piñones montados sobre rodamientos de esferas de uso exclusivo en bicicletas, correspondiente al numeral 87.12.A y gravamen del 80% ad valorem, según la clasificación número 2663 de diciembre 14 de 1966 hecha por el consejo nacional de política aduanera y publicada en el Boletín Oficial de Aduanas número 64 de 4 de enero de 1967.

No obstante los esfuerzos hechos por la sociedad importadora para conseguir que la mercancía se reaforara como correspondiente al numeral 84.62.A las autoridades mantuvieron la clasificación inicial y finalmente con base en ella hicieron la siguiente liquidación: por derechos de importación, \$ 50.924; timbres, \$ 1; derechos de puerto, \$ 7.32; multa, \$ 47.741.25; impuestos según Decretos 444 y 688 de 1967, \$ 1.909.66. Total, \$ 100.583.23.

Pagada esta cantidad según recibo número 323013 de 10 de marzo de 1970 la sociedad presentó reclamación ante el administrador de la aduana a fin de que se hiciera nuevo aforo con el argumento de que la clasificación número 2663 era posterior al registro de importación y que sólo debían \$ 3.182.75 por impuesto de aduana y para que se le devolviera el valor de la multa.

Mediante Resolución número 296 de 16 de julio de 1970 el administrador decidió no acceder a lo pedido en atención a la norma del Artículo 234 de la Ley 79 de 1931 según la cual los impuestos aplicables a la mercancía serían los que estuviesen en vigencia en el momento de practicar la visita oficial a la nave que la trae, en el presente caso el 7 de abril de 1967. Esta determinación la mantuvo la Dirección General de Aduanas según Resoluciones 432 y 469 de 1972.

Agotada la vía gubernativa la sociedad presentó demanda de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado en la que solicita la nulidad de las anteriores Resoluciones "en cuanto excedan de la suma de \$ 5.100.73, así: derechos de aduana \$ 3.182.75; timbres, \$ 1; tonelaje, \$ 7.32; impuestos Decretos 444 y 688 de 1967, \$ 1.909.66". Y en subsidio para que se declaren nulas "en cuanto al pago de la multa de \$ 47.741.25".

Como disposiciones violadas invocó: a) el Artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto estando ya en camino la mercancía se hizo el cambio de clasificación; b) el Artículo 52 del Código político y municipal ya que la nueva clasificación no se publicó en el Diario Oficial; c) el

Artículo 230 del código de aduanas porque ni la administración de aduanas de Buenaventura ni la sección técnica de la Dirección General tuvieron en cuenta la *naturaleza* de la mercancía por haber desaparecido las muestras en el incendio del 10. de junio de 1970.

El Fiscal 3o. doctor Solanilla Nieto conceptúa que las autoridades hicieron un aforo conforme a la Ley ya que la disposición aplicada del arancel era la vigente aunque en el momento de concederse la licencia de importación fuese otra con un gravamen menor; pero la multa la estima injusta y carente de causa ya que no puede imputarse dolo, mala fe o fraude a los importadores sino que por el contrario obraron correctamente cuando describieron la mercancía y la posición arancelaria de acuerdo con la misma licencia.

Para resolver, la Sala

CONSIDERA:

En atención a que el impuesto de aduanas tiene características muy notables de orden fiscal y económico que lo diferencian de los demás impuestos el constituyente tiene previsto desde 1898 que él sea manejado por el gobierno con amplia libertad por medio de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso a fin de que pueda revisar continuamente el arancel en el sentido de modificar la nomenclatura para adaptarla a las nuevas modalidades de nuestro comercio internacional y para modificar la tarifa. En consecuencia, en diversas épocas el Congreso le ha otorgado poderes para mantener actualizado el arancel ajustándolo al desarrollo económico del país que se origine en circunstancias tales como el establecimiento de nuevas fuentes de producción nacional que merezcan protección y la necesidad de estimular la integración de la industria protegida, extender al consumidor los beneficios de la industrialización, evitar la formación de monopolios de hecho al amparo de la protección aduanera y perseguir la finalidad de que las inversiones extranjeras resulten convenientes para el desarrollo del país.

Además, en todas las Leyes de facultades se establece que las disposiciones que dicte el gobierno sobre la materia entrarán en vigencia en la fecha que el gobierno determine. Y éste prescribe invariablemente en los Decretos-Leyes que las nuevas clasificaciones arancelarias tendrán validez a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Dirección de Aduanas o en su suplemento. Para el caso que se examina basta citar el Decreto-Ley 3168 de 1964, Artículos 10. y 11. expedido en desarrollo de la Ley de facultades número 69 de 1963.

Justamente la concesión frecuente de esos poderes extraordinarios por el Congreso y la complejidad y velocidad de los hechos económicos fueron razones que tuvo el constituyente de 1968 para cambiar el sistema por el de concederle al Presidente de la República atribución constitucional permanente para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, dejándole al Congreso tan sólo la de dictar las normas generales sobre la materia (Artículos 76, numeral 22 y 120, numeral 22). Y textualmente el Artículo 205 dice: "Las variaciones en la tarifa de aduanas se decretarán por el gobierno de conformidad con las Leyes que contempla el Ordina 22 del Artículo 76 y entrarán en vigencia de acuerdo también con lo que prescriban dichas normas".

En acatamiento del nuevo sistema el Congreso expidió la Ley 6a. de 1971 en que fija los lineamientos generales concernientes al régimen de aduanas y de modo expreso en su Artículo 2o. dice que las disposiciones que dicte el gobierno entrarán en vigencia "en la fecha que el gobierno determine". Y el Decreto 1484 de 1973 expedido con base en la referida Ley prescribe que las nuevas clasificaciones arancelarias "tendrán validez legal a partir de la fecha de su publicación en el órgano oficial de la Dirección General de Aduanas".

Si a lo anterior se agrega que en materia de aduanas como cuando quiera que se trate de Leyes administrativas - los particulares no pueden alegar derechos adquiridos y el gobierno está facultado para variar la nomenclatura y la tarifa en cualquier momento y siempre que se mantenga dentro de las normas generales de la Ley cuadro; y si además las tasas de derechos arancelarios aplicables a la mercancía son las vigentes en el día y hora en que se pase la visita oficial a la nave que las trae (Artículo 234 de la Ley 79 de 1971) se concluye que no le asiste razón al demandante por lo que hace a la petición principal, pues si bien cuando le fue concedido el registro de importación (octubre de 1966) la mercancía tenía un gravamen del 5% a la llegada al país (abril de 1967) se había elevado al 80% según clasificación número 2663 publicada en el Boletín Oficial de Aduanas número 64 de enero 4 de 1967, que en copia se trajo a los autos en virtud de auto para mejor proveer.

Por lo demás, la discusión no ha versado sobre la naturaleza de la mercancía. Lo que se ha debatido es si se debía gravar con la posición vigente en 1966 por la nueva de 1967.

Por lo que hace a la multa la única referencia que aparece en los antecedentes administrativos es la de que se ordenó por auto de 6 de marzo de 1970 el aforo "por la posición 87.12.A del 80% más el recargo por la mala declaración del gravamen que fue del 5%". Y en la liquidación se fija multa por \$ 47.741.25. pero sin citar la disposición en que se fundó la aduana para imponerla.

Ciertamente no se encuentra causa alguna justificativa para la sanción ya que la mercancía correspondía a la descrita en el registro de importación y en el manifiesto y demás documentos, y si bien la posición arancelaria señalada en la diligencia de aforo difiere de la indicada por la sociedad importadora, ello se debió a la variación de posición y de tarifa en el arancel para la misma mercancía hecha con posterioridad por el Consejo Nacional de Política Aduanera, pero sin que resulte establecida infracción, contravención o siquiera falta administrativa contra las normas que reglamentan la materia. Se impone, por tanto, ordenar la devolución del valor pagado por la misma.

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:

Revócase la multa de cuarenta y siete mil setecientos cuarenta y un pesos veinticinco centavos (\$ 47.741.25) impuesta por la Aduana de Buenaventura a la sociedad Industria Colombiana de Bicicletas El Balín, Arenas y Compañía Limitada, de Pereira, al liquidar el manifiesto de importación número 07127 de 10 de marzo de 1970, liquidación confirmada por las Resoluciones números 296 de 1970 de la misma Administración de Aduanas y 432 y 469 de 1972 de la Dirección General de Aduanas.

En consecuencia, la Dirección General de Aduanas reintegrará ese valor a la sociedad importadora dentro del plazo fijado en el Artículo 121 del código contencioso administrativo; y en caso de demora pagará intereses a razón del 8% anual.

No se accede a lo solicitado en la petición principal de la demanda.

Una vez en firme esta sentencia se comunicará a la Dirección General de Aduanas enviándole copia íntegra de su texto.

Cópiese, notifíquese y oportunamente archívese el expediente.

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

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Las exenciones a la contribución de las sociedades para su funcionamiento están vigentes, puesto que el nuevo Código de Comercio no derogó el Artículo 24 de la Ley 58 de 1931, que permite reconocerlas.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

*Bogotá, D.E., primero de marzo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo

Sesión del día 22 de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

*Ref.: Expediente No. 1920
Actor: "Sociedad Interconexión Eléctrica
S.A." (I S A).*

Se decide el juicio promovido por la sociedad denominada "Interconexión Eléctrica S.A.", mediante apoderado, para que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 01582 y 04863, expedidas respectivamente el 19 de mayo y el 5 de octubre de 1972, por la Superintendencia de Sociedades.

Los fundamentos de hecho de la acción. La acción se fundamenta, en síntesis, en los siguientes

HECHOS:

1. La Corporación Autónoma Regional del Cauca, la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín, el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico y la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. constituyeron, mediante escritura pública No. 3057, otorgada el 14 de septiembre de 1967 en la Notaría Octava de Bogotá, la sociedad denominada "Interconexión Eléctrica S.A.". El contrato de sociedad sufrió varias modificaciones posteriores mediante las escrituras que se mencionan en la demanda; 2) El objeto social consiste en "la interconexión de los sistemas eléctricos de la C.V.C., Chidral, de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de las Empresas Públicas de Medellín y del Instituto de Energía Eléctrica", con su filial Chec; 3) Este objeto social tiene por finalidad "principal el intercambio de energía para atender deficiencias donde la capacidad de generación no puede servir adecuadamente la demanda; el mejor aprovechamiento de la reserva extendida a lo largo del nuevo sistema y la posibilidad de colocar producción eléctrica sobrante en todas las zonas interconectadas; el establecimiento de prioridades en la construcción de nuevas centrales generadoras, en función de sus ventajas técnicas y económicas para todo el sistema interconectado; la programación y construcción de las futuras fuentes de generación que permitan ayuda recíproca en el abastecimiento de los propios consumos de las entidades mencionadas y que cubran las necesidades de otras zonas que puedan beneficiarse de la mayor disponibilidad de energía eléctrica y también de la mayor capacidad de generación"; 4) Entre las obras que ha ejecutado la sociedad "Interconexión Eléctrica S.A." se cuenta a "red de interconexión del sistema central", que comprende los sistemas eléctricos de las Empresas Públicas de Medellín, Chec, CVC y Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y que representa "aproximadamente el 89% de la capacidad generadora instalada en el país", con líneas de longitud aproximada de 740 kilómetros; 5) Actualmente la sociedad demandante construye la línea de interconexión del sistema eléctrico central con el del nordeste, denominada Guatapé-Barrancabermeja, de longitud aproximada de 198 kilómetros, y la Central Hidroeléctrica de Chivor, la más importante del país, para una capacidad de 500.000 kilowatios, y "se estudia la interconexión de los sistemas central y nordeste con la Costa Atlántica en asociación con la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica"; 6) Los actuales accionistas de la sociedad demandante son el Instituto de Energía Eléctrica, con el 24,5% de las acciones, la Corporación Autónoma Regional del Cauca, con el 24,5% de las acciones, las Empresas Públicas Municipales de Medellín, con el 25% de las acciones, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, con el 25% de las

acciones y Chidral y Chec, filiales de la C.V.C. e Ical, con el 0.5% de las acciones, respectivamente; 7) La sociedad "Interconexión Eléctrica S.A." es "un organismo del Estado pero descentralizado, de carácter indirecto y de segundo grado según la denominación contenida en el Artículo 4o. del Decreto extraordinario 3130 de 1968, que desarrolla actividades de naturaleza industrial y comercial adecuadas a su objeto social y a la índole de los servicios eléctricos (Artículo 6o. del Decreto-Ley 1050 de 1968)", pero aún no ha sido calificado como prescribe el Artículo 4o. del Decreto-Ley No. 3130 de 1968; 8) Este carácter oficial de la sociedad demandante fue desconocido por los actos acusados que liquidaron como gravamen a su cargo y a favor de la Superintendencia de Sociedades, por el año de 1972, la suma de \$ 543.488.87.

Las disposiciones invocadas como violadas y los conceptos de violación
Se invocan como violadas, en suma, las siguientes disposiciones:

Artículo 1o. de la Ley 126 de 1938, que dispone que "el suministro de energía eléctrica es un servicio público fundamental, y en su establecimiento, desarrollo y financiación cooperarán la Nación, los Departamentos y los Municipios", porque los actos acusados desconocieron "la calidad de ente de servicio público" de la sociedad demandante, constituida por aportes públicos; Artículo 43 del Decreto-Ley No. 3130 de 1968, que reconoce beneficios a las entidades formadas con capital público, porque los actos acusados le desconocieron este carácter a la sociedad demandante; 203 de la Constitución, que prescribe que son de cargo de la Nación "los gastos del servicio público nacional", porque, si el suministro de energía es un servicio público, los gastos de la vigilancia que efectúa la Superintendencia de Sociedades corresponden a la Nación; Artículos 7o. de la Ley 80 de 1946, 8o. del Decreto-Ley No. 3175 de 1968, 7o. del Decreto Legislativo No. 0744 de 1954, el Decreto-Ley No. 1707 de 1960 y el Decreto Legislativo No. 1816 de 1955, que consagran exenciones o privilegios en favor del Instituto de Energía Eléctrica, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, la Corporación Autónoma Regional del Cauca y las Empresas Públicas de Medellín, que representan el 99% de las acciones de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A., porque los actos acusados, al imponer a ésta la contribución de que se trate, no los observó; 24 de la Ley 58 de 1931, que exenciona de contribuir para el sostenimiento de la Superintendencia "a las sociedades que pertenezcan a entidades de derecho público", como lo es la parte demandante; este precepto "fue incorporado a las disposiciones del Código de Comercio por el propio estatuto en su Artículo 267 cuando se refiere a Leyes especiales, vigencia que no ha sido discutida ni por la Superintendencia ni por el Gobierno Nacional como se desprende de la Resolución número 06094 de 10 de diciembre de 1971 de la Superintendencia y del Decreto 2670 de 31 de diciembre por el cual ésta fue aprobada"; y llena el vacío, en materia de

exenciones, del Artículo 287 del mismo Código; y Artículo 287 del Código de Comercio porque los actos acusados no fueron sometidos, como prescribe esta disposición, a la aprobación del Presidente de la República.

La parte opositora. La Superintendencia de Sociedades, mediante apoderado, se hizo parte en el juicio para oponerse a la acción.

Los alegatos de conclusión. La parte demandante y el señor Fiscal lo. del Consejo alegaron de conclusión, en síntesis, a saber:

1. *El alegato de la parte demandante.* Considera que, habiéndose demostrado que la Sociedad demandante cumple su objeto social y que sus socios son entidades de derecho público, está comprendida en la exención consagrada por el Artículo 24 de la Ley 58 de 1931 y que, en consecuencia, debe accederse a las peticiones de la demanda.

2. *El concepto del señor Fiscal.* El señor Fiscal lo. del Consejo de Estado considera que debe accederse a las peticiones de la demanda, tanto porque la sociedad demandante, según la escritura de constitución, tiene por objeto social la prestación del servicio de energía eléctrica, como se verificó en las diligencias de inspección judicial, como porque, aunque el Artículo 267 del Código de Comercio no consagra exenciones, las disposiciones especiales vigentes, invocadas en la demanda, sí las reconocen.

Las consideraciones de la Sala. Partida normalmente la tramitación del juicio, la Sala procede a resolver mediante las siguientes consideraciones:

1. *Los actos acusados.* La Superintendencia de Sociedades, mediante las Resoluciones Nos. 01582 y 04863, expedidas respectivamente el 19 de mayo y el 5 de octubre de 1972, determinó como contribución de sostenimiento a cargo de la sociedad denominada "Interconexión Eléctrica S.A.", por el año de 1972, la suma de \$ 543.488.87, por considerar, básica o esencialmente, que aunque su capital está constituido por entidades públicas, el Artículo 287 del nuevo Código de Comercio le permite cobrar la contribución a todas las "sociedades sometidas a vigilancia" y que el Artículo 2033 *ibídem* derogó expresamente, entre otras disposiciones, la Ley 58 de 1931 que permitía reconocer exenciones.

2. *El nuevo Código de Comercio y la Ley 58 de 1931.* La Sala no comparte los argumentos de la Superintendencia de Sociedades, expuestos en la motivación de los actos acusados, por las siguientes razones:

a) Si bien el Artículo 2033 del Código de Comercio regula íntegramente la materia y deroga toda la legislación anterior sobre la misma, con la excepción que señala, el Artículo 24 de la Ley 58 de 1931, que determina

las sociedades exentas de la obligación de contribuir al sostenimiento de la actual Superintendencia de Sociedades, no atañe estrictamente a “los comerciantes y a los asuntos mercantiles” sobre los cuales versa, como dispone el Artículo 1o. del nuevo Código de Comercio, sino al régimen de las contribuciones de la Superintendencia de Sociedades, organizada actualmente por el Decreto-Ley No. 3163 de 1968. De ahí que el Artículo 267 *ibídem*, al determinar las funciones de la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades, aluda a las otras que le corresponden según el mismo Código y “Leyes especiales”.

b) Ciertamente que el Artículo 287 del Código de Comercio prescribe que “los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia de Sociedades se proveerán mediante la contribución que fije el Superintendente a las compañías, con la aprobación del Presidente de la República” y que ella “consistirá en un porcentaje que se calculará sobre el monto del activo de las sociedades sometidas a vigilancia, con base en el balance de su último ejercicio”. Pero se trata, en el fondo, de una reiteración del precepto del Artículo 6o. de la Ley 58 de 1931, sin perjuicio de las exenciones establecidas, por el Artículo 24 *ibídem*, en atención a la finalidad o naturaleza de las sociedades a que se refiere.

c) Esta interpretación armoniza con el régimen especial de las sociedades cuyas actividades, como las de suministro de energía eléctrica, fueron definidas por la Ley como “un servicio público fundamental”, que debe prestarse con la cooperación de la Nación, los Departamentos y los Municipios (Artículo 1o. de la Ley 126 de 1938) y especialmente con el de las empresas industriales y comerciales de los mismos o de las entidades indirectas (Artículo 4o. del Decreto-Ley No. 3130 de 1968), cuya característica común consiste en estar constituidas, en su integridad, por capital público que debe invertirse en el objeto social para que fue destinado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades financie sus gastos de funcionamiento con el concurso o la contribución de las sociedades particulares, como dispuso el Artículo 6o. de la Ley 58 de 1931, reiterado en el fondo por el Artículo 287 del nuevo Código de Comercio.

3. *El régimen jurídico de las exenciones.* Demostrado que están vigentes las exenciones a la contribución de las sociedades para el funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades, es preciso determinar su alcance.

Los Artículos 6o. y 7o. de la Ley 58 de 1931, modificados por el Decreto Legislativo No. 142 de 1951, en cuanto el Artículo 1o. dispuso que las sumas que se recauden ingresen al presupuesto nacional y los Artículos 2o. y 4o. determinan el régimen de su administración, dispusieron que “los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimien-

to de la Superintendencia de Sociedades Anónimas –actualmente Superintendencia de Sociedades (Artículo 10. del Decreto-Ley No. 3163 de 1968)– se proveerán mediante la contribución” que se asigne a las sociedades anónimas con la aprobación del Gobierno Nacional (Artículo 287. Inc. 10., del C. de Co.), consistente en “un porcentaje que se enlazará sobre el monto del activo de las sociedades sometidas a vigilancia, con base en el balance de su último ejercicio” (Inc. 20. *ibídem*). Y el Artículo 24 de la Ley 58 de 1931, como se ha expuesto, exenciona de la mencionada contribución a “las sociedades anónimas o constituídas con un fin de utilidad pública, que no negocian con acciones en el mercado ni reparten dividendos”; a las que “pertenezcan a entidades de derecho público” y a las que, organizadas legalmente, “no reparten dividendos por estar sus negocios en gestación” y “tienen por objeto el desarrollo, explotación y fomento de la riqueza pública, mientras inician su explotación o producción”.

4. *La situación jurídica de la sociedad demandante.* Para resolver, es preciso examinar, en relación con el régimen jurídico expuesto, la situación de la sociedad demandante:

a) *El objeto social.* La sociedad demandante, “Interconexión Eléctrica S.A.”, según el acto de constitución, tiene por objeto social “la interconexión de los sistemas eléctricos de la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C V C), de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicaya Limitada (Chidral); de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá; de las Empresas Públicas de Medellín, del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (Electroaguas) y de su filial, Central Hidroeléctrica de Caldas (Chee)”, con el fin principal de intercambiar energía para atender las deficiencias “donde la capacidad de generación no puede servir adecuadamente la demanda”, de aprovechar mejor las reservas de energía y de intercambiarla entre las zonas conectadas: “el establecimiento de prioridades en la construcción de nuevas centrales generadoras”, en atención a las ventajas técnicas y económicas del sistema de interconexión eléctrica, y “la programación y construcción de las futuras fuentes de generación que permitan ayuda recíproca en el abastecimiento de los propios consumos de las entidades mencionadas y que cubran las necesidades de otras zonas que puedan beneficiarse de la mayor disponibilidad de energía eléctrica y también de la mayor capacidad de generación. . .” (Es. IV, 144 y siguientes). Por consiguiente, por este aspecto, la sociedad demandante tiene como objeto social la interconexión y la generación de energía eléctrica, actividad que, de conformidad con el Artículo 10. de la Ley 126 de 1938, constituye “un servicio público fundamental”, en cuyo “establecimiento, desarrollo y financiación cooperarán la Nación, los Departamentos y los Municipios”. La Sociedad, en defecto de los socios, puede negociar acciones en el mercado y, aunque puede repartir utilidades, previa constitución

de la reserva legal, la Asamblea General puede disponer que parte de ellas, en vez de repartirse como dividendos, se capitalicen y aún, con la autorización de la Superintendencia de Sociedades, que las utilidades “se capitalicen total o parcialmente y que su valor se distribuya en acciones de la sociedad entre los accionistas, a prorrata de las que tenga (sic) en el momento de la capitalización”, como sucedió con los dividendos obtenidos en el año de 1970 (F. 65); (Artículos 55 y 56 de la escritura de constitución de la sociedad).

b) *Los socios* Según la escritura No. 3057 del 14 de septiembre de 1967, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá (Fs. 144 y siguientes), la sociedad fue constituida por la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.), la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Limitada, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín, el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico y la Central Hidroeléctrica de Caldas. Y conforme a certificación expedida por el Contador de la Sociedad, de cuya firma da fe el Secretario General de la entidad, su capital autorizado era, el 30 de noviembre de 1972, de \$ 800.000.000, dividido en 8.000 acciones de \$ 100.000.00 cada una, con un capital pagado por el monto de \$ 772.000.000.00. Los aportes de las entidades indicadas equivalen a los siguientes porcentajes del capital suscrito: Corporación Autónoma Regional del Cauca 24.5%; Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá 0.5%; Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, 25%; Empresas Públicas de Medellín 25%; Instituto de Aprovechamiento de Aguas, actual Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (Artículo 1o. del Decreto-Ley No. 3175 de 1968), 24.5% y Central Hidroeléctrica de Caldas 0.5% (F. 9).

La Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.), la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín y el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica son establecimientos públicos (Artículo 1o. del Decreto No. 1707 de 1960, 73 del Decreto-Ley No. 3133 de 1968, 1o. y 2o. del Acuerdo No. 58 del Concejo Municipal de Medellín (F.133) y 1o. del Decreto-Ley No. 3175 de 1968). No se ha demostrado en autos la composición de las sociedades Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Limitada y Central Hidroeléctrica de Caldas; pero, por una parte, este aspecto no ha sido cuestionado en los actos acusados, y, por otra, habida consideración del porcentaje de los aportes de las entidades públicas indicadas y de las sociedades últimamente mencionadas, es evidente que más del noventa por ciento del capital de la sociedad “Interconexión Eléctrica S.A.” es de carácter público.

c) *El cumplimiento del objeto social* La sociedad demandante ha demostrado, mediante las inspecciones judiciales y los experticios practicados en el juicio, que cumple ampliamente su objeto social, mediante la instalación de redes de interconexión, el funcionamiento de ésta y la

construcción de la central hidroeléctrica de chivor con capacidad de 1.000.000 de kilowatios (Fs. 187 a 199), mediante la utilización del capital social, de bonos suscritos por los socios y de créditos internos y externos (Fs. 149 a 151, 156 a 160, 155 a 176).

5. *El análisis de los cargos.* Demostrado que el capital de la sociedad denominada “Interconexión Eléctrica S.A.” está constituido por aportes de carácter público, que presta un servicio definido por la Ley como público y que, aunque en principio reparte dividendos, según sus estatutos puede, como lo ha hecho, capitalizarlos para el cumplimiento de su objeto social, es evidente que está comprendida en la exención consagrada por el Artículo 24 de la Ley 58 de 1931. En consecuencia, los actos acusados, como se sostiene en la demanda, violaron directamente los Artículos 10. de la Ley 126 de 1938, 24 de la Ley 58 de 1931 y 43 del Decreto-Ley No. 3130 de 1968, motivo por el cual es preciso declarar su nulidad y ordenar restablecer, dentro del término señalado por el Artículo 121 del C.C.A., el derecho de la parte demandante en la forma solicitada.

Como prospera el cargo de fondo, no es el caso de analizar el relativo a los vicios formales de los actos acusados.

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 del señor Fiscal,

RESUELVE:

1. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 01582 de 19 de mayo y 04863 de 5 de octubre de 1972 de la Superintendencia de Sociedades.

2. En consecuencia, la sociedad denominada “Interconexión Eléctrica S.A.” no está obligada a pagar la suma que se le cobra, por el período correspondiente a 1972, como contribución para el sostenimiento de la Superintendencia de Sociedades, la cual debe devolverle, dentro del término señalado por el Artículo 121 del C.C.A., lo que hubiera recibido por el mismo concepto.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese a la Superintendencia de Sociedades, mediante copia auténtica de esta providencia, y archívese, previa ejecutoria.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge Torrado Torrado
Secretario

**CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA SABANA DE
BOGOTA Y DE LOS VALLES DE UBATE Y CHIQUINQUIRA (C.A.R.).**

DESVIACION DE PODER. Por falsa motivación. Quien alega la falsa motivación debe probar el verdadero y oculto móvil del acto. Falsa motivación y motivación por error.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

*Bogotá, D.E., ocho de marzo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla

Sesión del día 22 de febrero de 1974

Ref.: No. 1635

*Actor: Ciudadela Industrial Tibitó S.A.
Autoridades Nacionales*

La Sociedad "CIUDADELA INDUSTRIAL TIBITO S.A.", en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado demandó la nulidad de las Resoluciones 310 y 383 de abril 13 y mayo 6 de 1971, dictadas por la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, "CAR" por medio de las cuales se

le negó una concesión de aguas en el río Bogotá y se dispuso no autorizar unos vertimientos de aguas negras, aguas lluvias y residuos industriales líquidos.

A título de restablecimiento del derecho pide el demandante que se disponga el otorgamiento de la concesión de aguas y la autorización de los vertimientos y que se le indemnicen los perjuicios derivados de los hechos y omisiones descritos en la demanda y causados, hasta el momento en que pueda darse a las tierras la destinación proyectada.

En subsidio de las peticiones anteriores pide la parte demandante que se declare a la "CAR" como responsable de todos los perjuicios causados por los hechos y omisiones que permitieron la construcción de las obras de la ciudadela y causaron su paralización definitiva cuando ya estaban terminadas, haciéndolas inutilizables para los fines proyectados con los perjuicios consiguientes (lucro cesante y daño emergente), cuya indemnización se solicita.

Resumen de los hechos fundamentales de la demanda.

1. Que a partir del año 63 la Sociedad demandante adquirió unos terrenos en jurisdicción del Municipio de Tocancipá, en extensión aproximada de 800 hectáreas para realizar su objeto social, consistente en "la adquisición, parcelación y enajenación de los terrenos denominados "llanos de Tibitó" en el Municipio de Tocancipá, así como la promoción de su desarrollo, su urbanización industrial y el aprovechamiento agropecuario y minero de dichos terrenos". Este proceso de adquisiciones culminó en 1964;
2. Que al iniciar el desarrollo de sus planes la Sociedad demandante vendió a la Siderúrgica de la Sabana un lote de 11 hectáreas que hacía parte de los terrenos antes indicados;
3. Que en el año de 1964 una firma de consultores y urbanistas elaboró por contrato celebrado con la Car un plan para usos de la tierra que, según el propio demandante, fue acogido por la Corporación;
4. Que, previa prospectación de las obras y realización de las gestiones conducentes al fin propuesto, la Sociedad demandante formuló con fecha 11 de mayo de 1965, la solicitud para obtener la concesión de aguas y la autorización de vertimientos para el uso de la Ciudadela;
5. Que hacia el mes de mayo de 1966 las obras básicas de la ciudadela ya estaban prácticamente realizadas, al punto que la instalación de algunas industrias sólo dependía del otorgamiento de la concesión y de las autorizaciones solicitadas;

6. Que el Comité Técnico de la Corporación conceptuó el 12 de julio de 1966, entre otras cosas, lo siguiente: Que dentro del plan de usos de la tierra, elaborado por la Corporación estaba contemplada la creación de un centro industrial que bien podría ser Tibitó y que la Ciudadela era conveniente para el desarrollo de la Sabana de Bogotá;

7. Que, dada la política de estímulo seguida por la "CAR", la Sociedad demandante realizó inversiones por \$ 9'782.991.18, de los cuales \$ 5'213.981.10 corresponden a estudios y obras ejecutadas;

8. Que en la misma región en que ahora se impide a la Ciudadela Industrial de Tibitó la realización de su complejo industrial, la CAR concedió aguas y autorizó vertimientos a la Planta Termoeléctrica Martín del Corral. Alcan e Industria Avícola Hy-Live;

9. Que la CAR toleró durante varios años el adelantamiento de las obras:

10. Que las obras realizadas por la Sociedad demandante, una vez terminadas, fueron inauguradas solemnemente, con asistencia del Presidente de la República y de otras altas autoridades:

11. Que los vertimientos solicitados, con excepción de las aguas lluvias se dirigían sobre el Río Teusacá, cuyas aguas en ese punto pertenecen a la Clase II y no al Bogotá que pertenecen a la primera, con la circunstancia de que la desembocadura del Teusacá en el Río Bogotá está situada después del sitio en el cual la Empresa de Acueducto capta las aguas de este último río para el suministro a la Capital de la República;

12. Que en la actuación administrativa ante la CAR, a que dió lugar la solicitud de la sociedad demandante no se practicó la visita ocular prevista en los reglamentos.

Las violaciones y el concepto de las mismas según el demandante.

a) *Violación del Artículo 30 de la Constitución Nacional.*

Se afirma que la sociedad demandante, con el estímulo de la CAR, realizó cuantiosas inversiones para convertir los terrenos adquiridos en el llano de Tibitó en una Ciudadela Industrial. Que cuando se realizaban esas inversiones ningún funcionario autorizado de la CAR, manifestó a la Sociedad demandante que "debía abstenerse de comenzar a realizar su gran proyecto hasta tanto no se determinara si podía tener el uso de las aguas y los vertimientos" y que "por el contrario, los organismos técnicos de la CAR se expresaron favorablemente". Agrega el actor que después de

hechas las inversiones y por virtud “de unas Resoluciones de discutible fundamentación”, tiene restringido su derecho de propiedad”, al no poder darle, el único uso conveniente a su destinación, lo cual entraña violación del Artículo 30 de la Constitución Nacional.

b) *Violación del ordinal g) del Artículo 4o de la Ley 3a. de 1961.* Por omisión, en cuanto no impidió la construcción de la Ciudadela, no obstante disponer de la facultad que se le atribuye en el Ordinal citado para hacer el señalamiento de zonas industriales dentro de su jurisdicción.

c) Sostiene la parte demandante que los actos acusados son ilegales por *falsa motivación* la cual, se infiere de las contradictorias afirmaciones que se hacen en los considerandos de la Resolución 310, pues en tanto se afirma que la solicitud “carece de fundamentación técnica tanto en lo referente a la merced de aguas, como también en lo relativo a clase, calidad, cantidad y tratamiento final de los residuos líquidos industriales” se deduce de ello la inconveniencia de la ubicación de complejos industriales. “La motivación es falsa, por cuanto no tiene respaldo en los hechos técnicos que sería preciso aducir, e implica una desviación de poder, por cuanto con ella se formula una negativa de “pretensiones ajustadas a la Ley”. También estima el demandante que los actos demandados entrañan *falsa motivación* por cuanto en ellos se afirma una degradación de las aguas por debajo de los límites reglamentarios permisibles, como si la solicitud de los vertimientos se hubiese formulado sobre el río Bogotá en zona catalogada como clase I y no como efectivamente se hizo, vale decir sobre el río Teusacá, clasificado en la zona como de la clase II.

Por estas razones, afirma el demandante que los actos acusados violan los Artículos 7o. y 10o. del acuerdo No. 4 de 1963.

d) Violación de los acuerdos 25 de 1964 (Artículos 2o. a 5o.), 13 de 1965 (Artículo 2o. a 5o.) y 8o. de 1968 (Artículos 2o. a 4o.), en cuanto se permitió la práctica de la visita ocular que tales disposiciones prevén dentro del procedimiento administrativo para la concesión de aguas y la autorización de vertimientos.

LA PARTE IMPUGNADORA

La “Corporación Autónoma regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá” se constituyó como parte en el proceso y en escrito presentado por su apoderado, que obra a folios 25 y siguientes del C No. 1, dejó consignadas las razones de su oposición a las pretensiones del actor, las cuales se resumen a continuación:

1. Que las demoras en la tramitación y en la Resolución de la solicitud formulada a la CAR por la Sociedad demandante no le son imputables a ésta

sino a aquélla, pues, sólo casi tres años después de la petición inicial y al cabo de dos años de habersele pedido a "Ciudadela Industrial de Tibitó S.A." la prueba del dominio sobre los predios en cuestión, allegó los documentos pertinentes, a la par que modificó su petición inicial. Así mismo afirma la parte opositora que CAR mediante providencia del 28 de febrero de 1968 exigió la fundamentación de la propuesta y que sólo el 15 de febrero de 1971, tres años después prometió cumplir la exigencia, pero que, en último, se limitó a reducir la propuesta original.

2. Que en la demanda se incurre en indebida acumulación de pretensiones. La argumentación a este respecto puede sintetizarse así:

a) Que la segunda y la cuarta peticiones principales, en cuanto fundadas en hechos y omisiones, no pueden estimarse como restablecimiento del derecho que se dice violado por los actos acusados, sino como una pretensión independiente de la declaración de nulidad de éstos, fundada en el Artículo 68 del C.C.A. En tales condiciones, dice, "se entrecruzan dos pretensiones principales con las consecuenciales de cada una y se cita el Artículo 66 del C.C.A. en concordancia con el 67, lo que la doctrina del Consejo no admite por considerar que la llamada acción de plena jurisdicción es independiente de la de simple nulidad". Por consiguiente, agrega, se ha hecho una acumulación de pretensiones inconexas, pues entre ellas no existe vínculo por razón de la causa o del objeto. Por último sostiene la parte impugnadora que el demandante al formular el *petitum* le dió autonomía a esas peticiones, pese a que en otros apartes de la demanda afirme su vinculación, pero estas afirmaciones de hecho o de derecho, no pueden tenerse en cuenta en la sentencia. Por lo cual debe estimarse que el único restablecimiento del derecho que conforma el *petitum* es el de la concesión de aguas y la autorización de vertimientos, de forma que sobre el pago de perjuicios como corolario de la anulación no se trabó la relación procesal.

b) Que la petición contenida en el punto quinto, que se formula como subsidiaria de las cuatro primeras no aparece diferente de la segunda y de la cuarta, pues no contiene nada distinto. "lo que quiere decir que falladas la segunda y la cuarta queda resuelta la mal llamada subsidiaria". En tal virtud, careciendo de autonomía esta pretensión, no es susceptible de acumulación eventual o subordinada.

Sobre la cuestión de fondo, la parte impugnadora expresa en resumen, lo siguiente:

1. Las razones fundamentales de las Resoluciones de CAR, o sea la falta de fundamentación técnica de la solicitud y el peligro de la degradación que ésta entraña, no son contradictorias pues se adujeron en forma eventual, es decir, una a falta de la otra.

2. Que no se demostró en el proceso la inconveniencia de los actos acusados, vale decir que no se acreditó a través de la prueba pericial que los vertimientos solicitados no son perjudiciales, de lo cual debe concluirse que debe seguir prevaleciendo el criterio de CAR, pues todo acto administrativo debe presumirse ajustado a la Ley, salvo prueba en contrario.

3. Que el concepto del Comité Técnico de la CAR sobre la Ciudadela de Tibitó no fue adoptado oficialmente, pues no recibió aprobación de la Junta Directiva, y el Comité carecía de facultades para aceptar o rechazar la solicitud a lo cual se agrega que en dicho concepto se expresa que la Corporación se reserva el derecho de aprobación de las obras proyectadas, aprobación que nunca tuvo lugar.

4. Que si la CAR no adoptó el plan de usos de la tierra elaborado por César Garcés Vernaza y asociados, en el que se contemple una zona industrial en Tibitó, mal puede el literal g) del artículo 4o. de la Ley 3a. trascender sobre la legalidad de las Resoluciones acusadas.

5. Que la CAR carece de facultad legal para suspender obras de los particulares y que si tal cosa hubiera ordenado en el caso de autos, la Ciudadela de Tibitó, habría incurrido en abuso de autoridad.

6. Que los actos objeto de la pretensión de nulidad no adolecen de falsa motivación, pues las razones que fundamentan la negativa se adujeron en forma eventual.

7. Que no configurándose la violación de la Ley ni de los reglamentos, tampoco hay violación del Artículo 30 de la Constitución Nacional, pues no se ha vulnerado ningún derecho subjetivo de la parte demandante, ni se ha restringido a Ciudadela de Tibitó S.A. su derecho de propiedad. Que la denegación de concesión y vertimientos se ajustan a las normas que regulan este tipo de actos y que "si Ciudadela de Tibitó emprendió obras sin mediar lo referente a los permisos de uso de aguas y de vertimientos, la culpa es suya, pues ella sí infringió las disposiciones que alega, en especial la Ley 3a. de 1961. Es claro, agrega que nadie puede alegar a su favor su propia torpeza (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)". Por último sostiene que aún en la hipótesis de que estuviera comprobada, que no lo está, el estímulo, o participación de CAR en las obras de la Ciudadela, la conducta culposa de la parte demandante relevaría a la Corporación de toda responsabilidad.

8. Que la omisión de la práctica de la visita ocular en la actuación administrativa no constituye violación de los reglamentos pertinentes porque la falta de fundamentación de la solicitud determinó que no se

presentara el momento adecuado para decretarla. Pero en la hipótesis de no considerarlo así, la ilegalidad aducida sería puramente formal, lo cual se traduciría en que "volverían las cosas al estado que tenían en aquel momento", o sea a esperar que "ciudadela de Tibitó cumpla el auto dictado en obediencia a lo dispuesto en los literales d) y e) del Artículo 1o. del Acuerdo No. 13 de 1965, Ley 8a. de 1968. En tal supuesto, agrega, no pudiéndose pronunciar sentencia de mérito no podría decidirse la pretensión sobre indemnización de perjuicios que se deriva de un presupuesto de fondo.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público consigna en su vista las razones que se resumen a continuación y con fundamento en las cuales sostiene que no deben prosperar las pretensiones de la demanda:

1. Que el demandante no sólo carecía de interés para actuar, sino que, por igual razón, carece de legitimación en causa para actuar dentro del proceso, porque como consta en autos, "la Ciudadela Industrial de Tibitó S.A., al comenzar el desarrollo de sus planes, vendió a la Siderúrgica de la Sabana, por Escritura Pública No. 2873 de 23 de junio de 1966 un lote ubicado en el Municipio de Tocancipá... (fl. 5)" y que según lo expuesto por la entidad demandante, al referirse al anterior lote vendido, en el hecho 6o. confiesa que "estos terrenos eran los únicos aptos en el Municipio para desarrollo industrial..." no se ve clara la razón por la cual después de haberlo vendido pretenda el adelantamiento de otras actividades (se refiere a las relativas a su habilitación para fines industriales) que, lógicamente, corresponderían al nuevo propietario. Agrega que en la demanda no se afirma que Ciudadela Industrial S.A. "se hubiese comprometido con el adquirente en el adelanto de las gestiones pertinentes" ni tampoco que la parte actora hubiese adquirido los terrenos aptos para desarrollo industrial y a los cuales se contrae la demanda.

2. Que no existe en el proceso la prueba según la cual la CAR hubiese "estimulado en todo momento la construcción de la Ciudadela". Agrega que la diligencia de inspección judicial permite concluir con claridad "que de parte de la empresa existió el ánimo de ayudar a los peticionarios, pero siempre con la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos (ver fls. 104 y 106 Cdo. 2)", lo cual aparece corroborado en otras pruebas que se examinan en el concepto y que le permiten concluir así:

"Todo lo anterior demuestra que no existía razón alguna para que la Ciudadela Industrial avanzara en la ejecución de las obras, por cuya ejecución demanda, sin antes obtener los permisos requeridos.

“A nadie se le tiene que impedir que en sus propios predios ejecute obras, lo que no quiere decir que por ello después pueda reclamar perjuicios.

“Es posible que todo lo hecho se deba a un exceso de confianza en la obtención de un resultado favorable debido, quizás, a que por algún tiempo el Gerente de la CAR y un miembro de su comité técnico pertenecían también al Comité Técnico de la Ciudadela Industrial de Tibitó, pero este hecho lejos de producir derechos podría ser más bien objeto de censura tanto para la sociedad actora como para las personas en que concurría la dualidad de estar vinculados al mismo tiempo a la sociedad reclamante y a la entidad otorgante”.

3. Que no se violó el Artículo 170 de la C.N. porque siendo la propiedad una función que implica obligaciones según lo expresa dicho Artículo, “es deber de los propietarios hacer uso de ella en forma tal que su destinación no represente peligro para nadie, y no cabe duda que tratándose del establecimiento de cierta clase de industrias, el riesgo de degradación de las aguas por razón de sus vertimientos es bastante grande.

4. Que las otras normas, “que se dicen fueron igualmente violadas, precisamente le imponen a la CAR la obligación de velar porque se cumpla con una serie de requisitos, los que exigidos a la Ciudadela de Tibitó para la concesión de aguas y autorización de sus vertimientos, no fueron satisfechos.

El concepto del ministerio público finaliza así:

“Al no haberse demostrado el lleno de los requisitos exigidos en las mismas normas que se consideran violadas, no pueden decretarse las nulidades impetradas. Menos puede accederse a las indemnizaciones pretendidas, ya que para esto último, además de lo anterior cabe muy bien el brucardo (sic) que citó el abogado impugnante: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*’.

“Lo anterior, se dice, sin perjuicio de lo afirmado en un principio acerca de la falta de legitimación, así también como de la indebida acumulación, lo cual implicaría la inhibición de fallar en el fondo”

Se practicaron las pruebas solicitadas en la instancia, cuya apreciación se hará más adelante y una vez culminado el trámite correspondiente se procede a la decisión de fondo previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. *Acumulación de las pretensiones*

No es tarea fácil determinar, con el rigor y precisión necesarias, las pretensiones que el actor formula en el escrito de demanda. Inicialmente plantea una pretensión de nulidad y consiguiente restablecimiento del derecho violado por razón de la expedición de las Resoluciones cuya declaración de nulidad demanda (fl. 27 vto.). Más adelante, en el acápite dedicado a señalar en qué consiste ese restablecimiento afirma lo siguiente:

“Al producirse la anulación de las Resoluciones, y ordenarse la concesión la autorización de los vertimientos, quedará restablecido en parte el derecho, por cuanto los terrenos volverían a tener un valor comercial, y podrían realizarse, aunque en forma retardada, los desarrollos industriales prospectados. Pero aún en ese caso será necesario estatuir sobre la indemnización de los perjuicios ya causados, por ese injustificado retardo, ya que para lograr restablecer esa situación, ha sido necesario recurrir ante esa alta Corporación”.

Del párrafo transcrito parece inferirse que los perjuicios cuya indemnización se solicita habrían sido causados por los actos acusados. A esta primera pretensión enunciada globalmente al principio de la demanda dice acumular otra, fundada en el Artículo 68 del C.C.A. que consistiría en la indemnización de perjuicios derivada de hechos (estímulo a la realización de las obras de ingeniería y arquitectura para la construcción del complejo industrial de la Ciudadela) y de la omisión por no haber negado o detenido la realización de las obras mientras se resolvía lo relacionado con la concesión de aguas y la autorización de vertimientos.

En la parte final del escrito de demanda (fl. 13 y vto.) vuelve el actor a enunciar sus peticiones; y entonces limita el restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos de la CAR, al otorgamiento de la concesión y a la autorización de los vertimientos (tercera petición). En forma separada e independiente de las peticiones primera y tercera pide que se declare “que los hechos y omisiones de la CAR descritos en la demanda, causaron graves perjuicios a la Ciudadela Industrial de Tibitó S.A., cuya indemnización solicita “hasta el momento en que pueda darse a las tierras la destinación industrial proyectada” (peticiones segunda y cuarta). Por último y como petición subsidiaria (quinta) solicita “que se declare que la CAR es responsable de todos los perjuicios causados a la Ciudadela Industrial Tibitó S.A. por los hechos y omisiones que permitieron la construcción de las obras de la Ciudadela en los terrenos de Tocancipá y luego su paralización definitiva cuando ya estaban terminados que las hizo inutilizables para los fines proyectados y

que deberá pagar dichos perjuicios comprendidos en ellos el lucro cesante, y el daño emergente, hasta que se indemnicen. En este caso, dice el actor que el perjuicio sería mucho mayor, pues no se trataría solamente del lucro cesante, sino del daño emergente, por razón de la pérdida total de la inversión.

En el enunciado final de las peticiones no se advierte diferencia de naturaleza entre la petición comprendida bajo los Ordinales segundo y cuarto y la que se formula como subsidiaria en el Ordinal quinto, pues en ambas el fundamento de la indemnización de los perjuicios es el mismo: los hechos y omisiones de la CAR descritos en la demanda, que permitieron la realización de las obras de la Ciudadela. Solamente se distinguirían las dos pretensiones en un aspecto accidental, en cuanto la primera cobraría la indemnización de un perjuicio que se tornaría temporal en virtud de una sentencia favorable a las peticiones 1a. y 3a.; mientras la segunda pretensión alude a un perjuicio definitivo, en la hipótesis de una decisión desfavorable a las mismas peticiones indicadas.

De lo anterior se concluiría que al tenor literal del "*petitum*", el actor habría formulado tres pretensiones fundamentales a saber:

1. Declaración de nulidad de unos actos de la CAR y consiguiente restablecimiento del derecho vulnerado por tales actos, que consistiría en la orden que se imparta en la sentencia para el otorgamiento de la concesión y de la autorización denezadas por los actos acusados.
2. Declaración sobre responsabilidad de la CAR por hechos y omisiones de esta entidad en virtud de los cuales se estimuló y no se impidió la realización de las obras de la Ciudadela y consiguiente indemnización de perjuicios por el daño causado hasta el momento en que pueda darse a las tierras la destinación industrial proyectada.
3. Declaración sobre responsabilidad de la CAR por hechos y omisiones de esta entidad que permitieron la construcción de las obras de la Ciudadela y luego su paralización definitiva cuando ya estaban terminadas y consiguiente indemnización de perjuicios de daños consistentes en la imposibilidad de darle a tales obras el destino proyectado.

Las dos primeras pretensiones se habrían formulado como independientes e inconexas por razón del objeto y la causa pero subjetivamente conexas, lo cual equivaldría a una *acumulación inicial simple* de una pretensión fundada en el Artículo 67 del C.C.A. y otra, en el Artículo 68 *ibidem*, lo que resultaría procesalmente aceptable a la luz de los Artículos 82 del C.P.C., 282 y concordantes del C.C.A.

La formulación de la tercera pretensión implicaría una *acumulación eventual*, en cuanto se condiciona su actuación a la denegación de las primeras.

Pero como atinadamente observa el apoderado de la entidad demandante es evidente que la denegación de la segunda principal implica la denegación de la subsidiaria, porque no obstante existir diferencia entre ellas, ésta es apenas accidental, mediando, por lo demás identidad en la causa: los hechos y omisiones que se le atribuyen a la CAR. En otras palabras si como resultado del examen de la segunda pretensión principal se concluyese que esos hechos u omisiones no están probados o que ellos no son causa suficiente para deducir responsabilidad, de antemano, habría desaparecido el fundamento de la tercera pretensión.

Las consideraciones precedentes conducirían a la conclusión de una indebida acumulación de pretensiones de la cual se deduciría la consecuencia ineludible de una providencia inhibitoria por falta del presupuesto procesal de demanda en forma. Pero como estas mismas consideraciones se hacen con fundamento en el examen rigurosamente literal de las peticiones tal y como se las formula en la parte final de la demanda, estima la Sala que no pueden tenerse como definitivas, a menos que resultaren confirmadas después de una interpretación sistemática del libelo. Si el fallador advierte confusión, oscuridad o distorsión lógica en el "*petitum*", está en la obligación de agotar las posibilidades que ofrezca la totalidad del escrito de demanda para hacer claridad o disipar la inconsecuencia aparente, porque lo fundamental es "la efectividad de los derechos reconocidos en la Ley sustancial" (Artículo 4o. C. de P.C.). Ello, naturalmente con la prudencia inherente a su investidura que haya de guiarlo para evitar el extremo inaceptable de suplir dificultades irremediables.

Según quedó consignado atrás, el actor al enunciar de manera general sus pretensiones en la parte inicial de la demanda alude únicamente a dos: 1o.) la nulidad de los actos de la CAR, el consiguiente restablecimiento del derecho con fundamento en el Artículo 67 del C.C.A., y 2o.) la indemnización del daño causado por hechos y omisiones de la misma entidad, (Artículo 68), las cuales dice acumular conforme al Artículo 82 del C. de P.C. Es decir no menciona una tercera pretensión. Posteriormente, en el acépite en donde expresa cómo entiende el restablecimiento del derecho dice que consiste en la orden judicial sobre otorgamiento de la concesión y de los veredictos que haya de pronunciarse, como consecuencia de la anulación de las Resoluciones acusadas, pero, como dicha orden solo restablecería parcialmente el derecho vulnerado, agrega que para el restablecimiento cabal será necesario estatuir sobre la indemnización de los perjuicios ya causados. Por último incluye como subsidiaria una segunda pretensión de indemnización de perjuicios causados por hechos u omi-

siones (ver fl. 13). A juicio de la Sala en estos apartes de la demanda está señalado el planteamiento fundamental de la misma, que permite advertir cuál es el sentido y el alcance verdaderos de las peticiones segunda y cuarta, o sea que, pese al infortunado empleo que se hace de las palabras "hechos y omisiones" no se trata de una pretensión diferente de las enunciadas antes, sino de la parte complementaria del restablecimiento del derecho que se deriva de la anulación de los actos.

Entendida así la demanda, las pretensiones contenidas en las cinco peticiones se reducen a dos que se acumulan eventualmente, a saber:

1. Pretensión de nulidad y consiguiente restablecimiento del derecho consistente en la orden de otorgamiento de las autorizaciones denegadas por la CAR e indemnización de los perjuicios causados por el acto cuya nulidad se pide (Artículo 67).

2. Pretensión subsidiaria consistente en la declaratoria de responsabilidad de la CAR por hechos y omisiones suyos y consiguiente *indemnización de perjuicios* (Artículo 68). Se trata, pues de dos pretensiones fundadas en diversas causas, la una en un acto y la otra en hechos u omisiones, y, por lo mismo inconexas desde este punto de vista, pero en relación con las cuales concurren las exigencias del Artículo 82 del C. de P.C., a saber: 1a.) Competencia del juez para conocer de ambas, de conformidad con las disposiciones del C.C.A. el Consejo de Estado también conoce en única instancia de pretensiones para deducir responsabilidad de establecimientos públicos del orden nacional, como es la CAR, por hechos u omisiones de las mismas, cuando la cuantía sea o exceda de \$ 100.000 (Artículo 39-1o.-b) Decreto 528 de 1964). La circunstancia de haberse asignado a la Sección 3a. el fallo de este tipo de asuntos mediante acuerdo de la Corporación autorizado en la Ley, entraña una racionalización del trabajo interno del Consejo sin repercusión alguna sobre el factor de la competencia; 2a.) Las dos pretensiones se excluyen entre sí, pero se han propuesto como principal y subsidiaria; y 3a.) Ambas pretensiones se tramitan por el mismo procedimiento o sea el del proceso ordinario contencioso administrativo.

II. *Carencia de interés para actuar o de legitimación en causa.*

Sostiene el Señor Fiscal lo que el demandante carece de las calidades indicadas, lo cual "constituye motivo suficiente para que las peticiones incoadas no puedan prosperar".

El señor Agente del Ministerio Público hace derivar esa carencia, de la venta que Ciudadela Industrial de Tibitó S.A. hizo a "Siderúrgica de la Sabana S.A." de un lote de terreno ubicado en Tocancipá, único apto en

dicho municipio para el desarrollo industrial, según se afirma en la demanda.

La Sociedad demandante vendió a Siderúrgica de la Sabana S.A. mediante Escritura Pública No. 2873 del 23 de junio de 1969, visible al folio 1 del C. No. 7, un lote de once (11) hectáreas ubicado en el Municipio de Tocancipá que formaba parte de un terreno que, en mayor extensión se denominó "Llano Grande", adquirido a su vez, por compra al "Consortio Industrial Colombo Alemán", al igual que otros de los lotes que conforman el proyectado asentamiento de la Ciudadela industrial cuya extensión global se calculó en la diligencia de inspección judicial, en la cantidad aproximada de 800 hectáreas (fl. 99 C. 2). Por lo demás en la misma diligencia se ubican los antiguos terrenos de Siderúrgica de la Sabana S.A. como haciendo parte de las 800 hectáreas, antes mencionadas (fl. 102 vto.).

Una vez hecha la descripción de la totalidad de los terrenos y la mención del lote vendido a "Sidesa" se expresa en la demanda que "estos terrenos eran los únicos aptos para empezar el cumplimiento del objeto social de la Compañía". Es evidente que se alude a la totalidad de la extensión y no al lote menor vendido a Sidesa, lo cual resulta confirmado por los documentos relativos a la solicitud de vertimientos y que se refieren a una extensión de más de 680 hectáreas. Por manera que si la Sociedad demandante vendió a "Sidesa" once hectáreas solamente y conserva el resto, es evidente que no asiste fundamento al señor Fiscal para concluir en una pretendida carencia de legitimación en causa. La entidad demandante ha probado un derecho de dominio sobre los terrenos de asentamiento de la Ciudadela, mediante las escrituras públicas y los correspondientes certificados de la oficina de registro que presentó con la demanda, hecha excepción del referido lote de 11 hectáreas que vendió a Sidesa; de otra parte en la diligencia de inspección se hizo la identificación del inmueble con lo cual se completó el material probatorio sobre el particular. A juicio de la Sala está, pues, probada la existencia del derecho supuestamente vulnerado, vale decir que, está plenamente acreditado este presupuesto procesal, necesario para una sentencia favorable, o esta "condición de la acción", según la terminología de Chiovenda, lo cual abre la posibilidad para el estudio de las demás cuestiones de fondo.

III. *Los cargos de ilegalidad*

En el orden de la demanda se formula como primer cargo la violación del Artículo 30 de la Constitución, pero esa violación no se predica de las Resoluciones acusadas, en sí mismas; sino de tales actos en función de otras circunstancias que el demandante califica de hechos y omisiones de la CAR. En otras palabras, la violación no se hace derivar de los actos

acusades exclusivamente, sino de un complejo formado por estos y las circunstancias, anotadas razón por la cual se hará el examen del cargo después de analizar las expresadas circunstancias.

1. *Violación de los Ordinales d), e) y g) del Artículo 4o. de la Ley 3a. de/61*

Este cargo se descompone en dos:

a) Violación indirecta por desconocimiento de las normas reglamentarias. Como este desconocimiento entraña a juicio del demandante, otros cargos de ilegalidad, es obvio que su estudio está condicionado a la prosperidad de estos últimos, por la cual será esa la ocasión para expresar el criterio de la Sala al respecto.

b) La violación del Ordinal g) del Artículo 4o. se hace consistir en que teniendo la facultad expresa para señalar zonas industriales y, en general, determinar el uso de las tierras, sin embargo no impidió oportunamente la construcción de la Ciudadela.

Si la facultad consiste en la determinación del uso de las tierras y, específicamente, en el señalamiento del destino que deba darse a determinadas zonas, la violación de la disposición por no impedir oportunamente la construcción de determinadas obras supone: 1o.) que la determinación o el señalamiento se hayan hecho y 2o.) Que alguien realice obras de tal naturaleza que impliquen un uso o destino de la tierra contrarios a esa determinación y a ese señalamiento.

A este respecto el proceso demuestra: En verdad la CAR inició estudios para la elaboración de un plan de usos de la tierra, a cuyo efecto contrató los servicios de "César Garcés Navas y asociados", entidad que presentó sus conclusiones en términos de un "Modelo de Desarrollo y de un plan de usos deseables de la tierra" con el complemento de "un proyecto de zonificación y de fraccionamiento del terreno para que fueran adoptadas como instrumentos legales para la administración del plan de usos deseables de la tierra" (fl. 119 C 2 declaración de César Garcés Navas) El mismo declarante expresa que en este plan se recomendaba estudiar la posibilidad de una zona industrial en el sector de Zipaquirá y que cuando ejerció la Dirección Ejecutiva de la CAR también se hicieron estudios sobre el particular (fl. 119 vto. C No. 2). No obstante, no se adujo al expediente ninguno de tales documentos y lo que es más importante no se demostró que tales planes y estudios hubiesen sido adoptados oficialmente por la CAR. Por el contrario aparece establecido que el órgano competente de la CAR, o sea su junta Directiva (Artículo 3o. literal i Ley 3 de 1961) no tomó nunca esa determinación (léase al folio 121 declaración del Dr. Gerardo Linares Cáceres, ex-Director Ejecutivo de la CAR).

La adopción de un plan de la naturaleza del indicado hubiera implicado para los propietarios de las zonas comprendidas en él, una suerte de limitaciones a su derecho de dominio, derivadas de la función social que la Constitución le asigna a la propiedad y, para la CAR, el deber de velar por la efectividad de esas limitaciones haciendo uso de todos los poderes que la Ley le atribuye. Valga un ejemplo: Si en el plan se señalase que determinada zona deberá tener exclusivamente un uso agrícola, la CAR, con los instrumentos jurídicos que le confiere la Ley estaría obligada a evitar que los propietarios le diesen a la tierra un uso diferente; y si se le reconociese un poder compulsivo a este tipo de planeación podría hasta pensarse que dispondría de atributos adecuados para impedir la realización de obras contrarias al fin propuesto. Pero si la entidad, por conducto de sus órganos de dirección no ha fijado zonas determinadas, ni señalado usos específicos para las mismas, ha de entenderse que los propietarios conservan la libertad racional de utilizar sus propiedades como ellos consideren que conviene mejor a sus intereses, sin que las autoridades estén en capacidad de impedirlo. La ausencia de los planes mencionados significa que el Estado no ha considerado de interés social determinada forma de explotación de la tierra y que, por ello no surgen posibilidades de limitar el ejercicio de la propiedad territorial, vale decir que la iniciativa privada conserva amplio campo para su desenvolvimiento.

Ha de entenderse que en la adopción de planes la CAR dispone de un amplio poder discrecional en el sentido de que las disposiciones legales no le imponen proceder e irremisiblemente la zonificación del territorio de su jurisdicción y el señalamiento de la utilización por zonas, sino que ha de proceder a ello, cuando lo juzgue necesario, oportuno o conveniente, en relación con toda la región, o sólo con una parte de ella. Por consiguiente, la circunstancia de no adoptarse un plan tampoco podría estimarse en sí misma como una omisión en el cumplimiento de sus funciones.

Por consiguiente, mientras no se demuestre lo contrario, es preciso suponer que si la CAR no adoptó ningún plan de usos de la tierra esa omisión obedece a razones de conveniencia pública o social, o a consideraciones de orden técnico, etc. etc. y, que, por no haberlo hecho, debe entenderse que el ejercicio del derecho de propiedad en lo relativo a la determinación de su uso no puede ser limitado por razones de este tipo; en consecuencia, bajo tal supuesto ninguna autoridad pública y menos la CAR podrían estar autorizadas para impedir dentro de los predios de propiedad particular la ejecución de obras que su propietario considere necesarias para un uso que juzgó conveniente. Lo anterior, sin perjuicio de que por razón de otras funciones legales o reglamentarias, la autoridad deba impedir la ejecución de otra clase de obras que trasciendan la esfera misma del derecho de los particulares, como sería el caso de aquellas destinadas directamente a la captación de aguas de uso público o a

vertimientos de aguas lluvias, de aguas negras o de desechos industriales, porque en estas materias la Ley contiene regulaciones especiales, exige autorizaciones o permisos previos que se otorgan mediante el cumplimiento de requisitos o condiciones y confiere facultades especiales a la Administración para garantizar el beneficio común, la salubridad pública etc. etc.

La diligencia de inspección judicial practicada en el proceso y el dictámen pericial (fls. 99 a 104 y 145 a 152 C No. 2) evidencian que las obras realizadas por la sociedad demandante en los terrenos de Tibitó fueron básicamente de urbanización como es una obra previa para la futura construcción de la Ciudadela. Es decir que no se realizaron obras directas para captar o verter aguas entre otras razones por carecer de la autorización correspondiente; de tal forma que no se ejecutó obra alguna que la CAR estuviese en la obligación de impedir. En tales condiciones, es preciso entender que los trabajos, construcciones, etc. que Ciudadela Industrial Tibitó S.A. ejecutó en sus predios son la realización de un propósito derivado de su condición de propietario, en la cual la CAR no podía inmiscuirse y que tampoco estaba autorizada para impedir.

El ámbito de libertad reconocido en la norma para el ejercicio de los derechos supone un grado mínimo de prudencia de sus titulares; obrar dentro de ese mínimo evita causarse daño a sí mismo y a los demás. Esta prudencia la supone la norma con la capacidad legal de las personas. Por manera que si se conjugan la capacidad con la titularidad del derecho, no es concebible la interferencia jurídica de poderes extraños para evitar manejos imprudentes, a menos que de ellos pueda derivarse un perjuicio a la comunidad en general o a terceros. El perjuicio a sí mismo por un manejo imprudente debe evitarlo el propio titular del derecho o sufrir sus consecuencias. Ese es un precio de la libertad.

Sobre estos principios descansa el derecho positivo colombiano y a ellos no escapa el régimen jurídico de la CAR, entidad a la cual no se le ha atribuido una función de tutela sobre el manejo de los intereses estrictamente privados de los propietarios territoriales.

Como conclusión de todo lo anterior, el cargo de violación del literal g) del Artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961, por omisión es infundado.

2. *Violación de los Artículos 10o. y 7o. del Acuerdo No. 4. de 1963*

“Artículo Séptimo. En ningún caso la Corporación aprobará vertimientos que por su naturaleza o su volumen degraden o puedan degradar, la calidad de las correspondientes aguas receptoras por debajo de los límites establecidos en la Categoría Sanitaria fijada en los Artículos Noveno y Décimo de este Acuerdo”.

“Artículo Décimo. Con base en la clasificación establecida en el Artículo anterior, la Categoría Sanitaria de los ríos será la siguiente:

HOYA DEL RIO BOGOTA

Río Bogotá

Se mantendrá dentro de la Clase I desde sus cabeceras hasta las compuertas del Acueducto de Bogotá, en Tibitó, a inmediaciones de la carretera Central del Norte Zipaquirá.

Se mantendrá dentro de la Clase II el tramo comprendido entre dichas compuertas del acueducto y la desembocadura del Río Chicú.

Se mantendrá dentro de la Clase III el tramo comprendido entre la desembocadura del Río Chitú y el Salto de Tequendama.

.....

VI. Río Teusacá y Quebrada de la Siberia

El Río Teusacá desde sus cabeceras hasta el puente de la carretera de entrada a la Calera, aguas arriba de esta población, será clase I.

Desde este punto hasta su confluencia con el Río Bogotá será Clase II.

La Quebrada de la Siberia desde sus nacimientos hasta la fábrica de Cemento Samper será de clase I. Desde allí hasta su confluencia con el Río Teusacá será de Clase II.

.....

Sostiene la parte demandante que se violaron las disposiciones mencionadas porque la autorización de vertimientos industriales se solicitó sobre el río Teusacá en un punto clasificado como de la Clase II y no al Bogotá, clasificado en la zona como de la Clase I y porque en la misma solicitud se preveía una planta purificadora. En tales condiciones, afirma que la solicitud se ajustaba a las exigencias reglamentarias consignadas en las disposiciones transcritas y, que por consiguiente, la CAR no podía negarla, pues sus facultades al respecto no son discrecionales, sino regladas.

En los términos del Artículo 7o. citado no basta acreditar la no degradación efectiva, sino que es preciso garantizar a juicio de la CAR la imposibilidad de una degradación eventual porque cualquier temor fundado de una posible degradación impone a la CAR el deber de negar la

autorización, lo cual parece apenas natural por razón de los bienes sociales implicados. En otras palabras, la simple localización del vertimiento sobre una corriente de la clase II no podía ser considerada por la CAR como suficiente para autorizarlo; era menester además una indicación precisa de la naturaleza de los residuos industriales, de su cantidad y de las obras a realizar para su tratamiento, sin las cuales la entidad no podía estar en condiciones de precisar con alguna aproximación la eliminación del peligro de degradación.

De autos aparece que, formulada la solicitud inicial de vertimientos en la primera providencia que se dictó, se le exigió al peticionario una garantía muy rigurosa en relación con los tratamientos que se proyectaban para eliminar cualquier riesgo de degradación (H. 19 C No. 3), exigencia que suponía la presentación, por parte del solicitante de la más completa documentación al respecto.

Tres años después de la petición inicial durante los cuales la sociedad demandante no hizo ninguna gestión importante, fuera de reducir la magnitud de la solicitud original, la CAR le exigió una fundamentación técnica de la merced de aguas y el cumplimiento de requisitos también técnicos, en materia de vertimientos. Entonces la entidad solicitante adujo un concepto del Comité Técnico de CAR que, a su juicio la liberaba de cumplir las exigencias contenidas en la providencia citada. En el concepto del Comité Técnico se consigna lo siguiente:

“Las conclusiones del Comité fueron las siguientes:

1. Dentro del plan de usos de la tierra, elaborado por la Corporación, se contempla la creación de un centro industrial en las proximidades de Zipaquirá que bien podría ser Tibitó.
2. Que la creación de la Ciudadela es conveniente para el desarrollo de la Sabana de Bogotá.
3. Que por la proximidad con las instalaciones del Acueducto de Bogotá en Tibitó sería deseable que la Empresa de Acueducto se hiciera cargo del suministro de agua para el Centro Industrial y de la administración del servicio.
4. En caso de que la Empresa de Acueducto no estuviese interesada en la prestación del servicio sería necesario estudiar la creación de una Empresa nueva que garantice el suministro así como los recaudos correspondientes.

En relación con los vertimientos no se encuentra objeción ya que estaban programados en una forma racional, con tratamiento indepen-

diente para los provenientes de aguas negras, aguas industriales y aguas lluvias.

La Corporación se reserva el derecho de aprobación para las obras de tratamiento, una vez elaborados los proyectos definitivos”.

Uno de los miembros de este Comité expresa en declaración visible al fl. 121 C No. 2 que se entendía que lo expresado en el referido concepto no eximía a la Sociedad interesada de presentar los planos y diseños de los vertimientos y tratamientos y que la CAR se reservaba el derecho de estudiar esos planos antes de dar permiso para su instalación a la Ciudadela Industrial de Tibitó.

Así las cosas, la Subdirección Técnica produjo un informe en el cual se considera difícil valorar la magnitud del proyecto por su falta de fundamentación técnica tanto en lo atinente a la merced de aguas en lo relacionado con la clase, calidad, cantidad y vertimiento final de los residuos líquidos industriales, de lo cual se infieren posibles riesgos para la salud de los habitantes que se abastecen del Río Bogotá.

El anterior concepto constituyó el fundamento técnico de las Resoluciones acusadas.

En el proceso no se solicitó y por lo mismo no se practicó ninguna prueba en orden a desvirtuar aquel concepto técnico y a demostrar que el proyecto no implicaba riesgo alguno para la salud de los habitantes de Bogotá. Lo único que se estableció fue el sitio escogido para los vertimientos industriales y aguas negras que, como se afirma en la demanda es el río Teusacá en un punto en que este caudal se clasifica como de la clase II. Pero a juicio de la Sala esto no es suficiente porque ello apenas cubre una parte del problema. La otra, no menos importante era precisar la naturaleza y magnitud de los residuos industriales y determinar a cabalidad la forma de su tratamiento para que sobre tales datos pudieran dictaminar los técnicos, si el riesgo de degradación quedaba eliminado. Sin estos elementos de prueba el juez no está en capacidad de declarar la nulidad de unos actos, cuando la norma que los regula prevé que la entidad competente para dictarlos no puede autorizar lo solicitado si subsiste algún riesgo de degradación de las aguas.

Al expresar el concepto de la violación de las disposiciones comentadas, la sociedad demandante dice que también se configura la ilegalidad por falta motivación. A este aspecto se hará referencia en acápite especial de esta sentencia.

3. *Violación de los Acuerdos 25 de 1964 (Artículos 2o. a 5o.), 13 de 1965 (Artículos 2o. a 5o.) y 8o. de 1968 (Artículos 2o. a 4o.)*

En cuanto la decisión denegatoria no fue precedida de la práctica de la "visita judicial" que, de conformidad con tales disposiciones debe realizarse en la actuación administrativa.

Según lo dispuesto en los Artículos 1o. del Acuerdo No. 25 de 1964 y No. 8 de 1968 las solicitudes de concesión de aguas y de autorización de vertimientos deben presentarse con su correspondiente fundamentación y, en relación con los últimos, debe suministrarse una información en donde se indique cuando se trata de utilización industrial, la clase y condiciones de la planta que origina los residuos, "la clase, calidad y cantidad de los residuos, tratamiento que se intente darles y estado final de los mismos". A estos datos debe agregarse un "proyecto elaborado por un ingeniero matriculado que refleje el proceso de tratamiento que se pretende adoptar para los residuos industriales del respectivo establecimiento. (Artículo 1o. del Acuerdo No. 8 de 1968).

Prescribe el Artículo 2o. del mismo Acuerdo que recibida la solicitud la oficina jurídica designará los funcionarios para la práctica de una visita ocular. "...", pero es elemental entender que al Decreto de la prueba deba preceder un examen de la solicitud para establecer si reúne los requisitos reglamentarios y si se acompañan la documentación correspondiente, aparejada en la forma y condiciones debidas. Es preciso entenderlo así porque los datos, estudios y documentos son elementos indispensables para precisar el objeto mismo de la visita ocular: si a juicio de la entidad no fueren suficientes, es obvio que ésta tenga la facultad de exigir su complementación para evitar la práctica de una diligencia que no suministre el mínimo de elementos objetivos necesarios para la emisión de los conceptos técnicos y para la decisión definitiva.

En el caso *sub judice* la CAR estimó que la solicitud inicial reducida posteriormente, debía ser complementada; no obstante, la sociedad peticionaria se abstuvo de hacerlo con base en un concepto general del Comité Técnico en el cual se afirmaba la conveniencia general del establecimiento de la Ciudadela y se conceptuaba que la programación de los vertimientos era racional, pero con la reserva sobre las obras de tratamiento de los residuos una vez elaborados los proyectos definitivos. Lo anterior significa que a juicio del propio Comité y no obstante que la programación de los vertimientos se consideraba racional, a la petición le faltaban aún las especificaciones precisas sobre las obras de tratamiento que, entre otras cosas, se había exigido en la providencia del 28 de febrero de 1968, suscrita por el jefe de la División de Recursos Naturales de CAR (fl. 54 C No. 3). Pero en todo caso sea que el concepto del Comité Técnico concuerde o no con la decisión adoptada, lo cierto es que debe prevalecer ésta frente a la opinión de otro órgano de la misma entidad, con facultades simplemente consultivas o asesoras, y por lo mismo, sin poder decisorio.

Así las cosas, resulta que la sociedad peticionaria debía dar cumplimiento a la mencionada providencia y no solamente manifestó que no lo haría, por estimar satisfechos los requisitos reglamentarios, sino que pidió la inmediata Resolución definitiva.

Lo anterior le permite concluir a la Sala:

a) Que conforme a los reglamentos la CAR debe hacer una calificación previa de las solicitudes después de verificar su conformidad básica con las exigencias contenidas en los mismos Reglamentos.

b) Que la visita ocular sólo es precedente según esa calificación.

c) Que si como resultado de esa misma calificación se exige complementar la solicitud, la visita ocular procede cuando el peticionario la satisfecho la exigencia.

d) Como en el caso de autos el solicitante no las satisfizo, es evidente que el hecho de no practicarse la diligencia no vicia de nulidad la actuación administrativa sí, por lo demás, se tiene en cuenta que los propios interesados exigieron la decisión definitiva a pesar de la falta de este medio de prueba.

e) Que, además no es dable presumir como lo hace el demandante que la práctica de la visita ocular hubiese disipado las dudas que expresa la CAR en las Resoluciones acusadas pues al mehos también podría presumirse con igual posibilidad que la falta de los datos completos no permitiesen un examen satisfactorio de la realidad y, por ende una apreciación técnica que diese el mínimo de seguridad.

4. *Desviación de poder por falsa motivación (Artículo 66 C.C.A.)*

Dice el demandante que la falsa motivación consiste en:

a) La contradictoria motivación del acto, pues, a la par que se afirma no conocer la naturaleza de los vertimientos se sostiene que producirán una degradación altamente peligrosa.

b) En la desigualdad de tratamiento dada por la CAR a la sociedad demandante en cuanto a ésta le denegó su solicitud y a otras se las autorizó, no obstante afirmar en los actos acusados, la inconveniencia de instalar complejos industriales en la zona.

c) En la falta de respaldo en los hechos técnicos, que sería necesario aducir para negar la solicitud.

La desviación de poder, que es una forma de ilegalidad indirecta, supone que los móviles del acto administrativo no corresponden con los fines de la Ley, lo cual se traduce en la utilización de una facultad legal o reglamentaria para un propósito diferente al fin para el cual se confirió la facultad.

Esta falta de correspondencia o de concordancia entre el móvil del acto y los fines legales puede obedecer a actitud intencionada de la persona a través de la cual se expresa el órgano o circunstancias de fuerza o violencia ejercitadas contra esa misma persona y determinantes de su voluntad.

A la primera hipótesis corresponde la teoría denominada tradicionalmente, pero con poco acierto, de la "falsa motivación".

Cuando se invoca "la falsa motivación" surge para el actor la carga de probar el verdadero y oculto móvil del acto. Esta prueba, confrontada con los fines perseguidos por la Ley, le permite al juez verificar la discordancia anotada para concluir que el ejercicio del poder fue desviado.

En el caso "*sub judice*" no obta esa prueba. El actor para inferir el móvil protervo, de un tratamiento desigual dado a la sociedad actora pero la verdad es que ni siquiera está probado ese trato desigual. Al respecto, aparecen las siguientes constancias en la diligencia de inspección judicial.

"Luego el personal de la diligencia procedió a trasladarse a las dependencias donde funcionan la Planta Termocléctrica Martín del Corral, de la Empresa Alcan S.A. y de la Industria Avícola Hy-Live, donde pudo comprobar que éstas toman sus aguas del río Bogotá y tienen sus vertimientos al mismo, excepto la Industria Avícola Hy Live, la cual tiene su vertimiento al río Teusacá. Así mismo se comprobó que los vertimientos industriales que había proyectado la Ciudadela Industrial de Tibitó se habían proyectado no sobre el río Bogotá, sino sobre el Teusacá, que es afluente del río Bogotá.

"En efecto, y como se anotó anteriormente, por un error involuntario, no se hizo alusión al hecho de que el personal de la diligencia inspeccionó los terrenos de la Antigua Sidesa, como el terreno donde funciona actualmente dicha siderúrgica y pudo establecer que los vertimientos de agua en la antigua Sidesa estaban programados para desembocar en el río Bogotá, en un sitio aguas arriba a donde desemboca el río Teusacá".

Estaría probado un tratamiento desigual si se hubiese acreditado al menos que las concesiones y autorizaciones hechas a las empresas allí mencionadas eran de iguales características a las denegadas a la Sociedad demandante, igualdad que no autoriza a suponer ni siquiera el objeto

social de las referidas sociedades, inducido de su razón social; por lo demás el trato desigual no hubiera podido establecerse de ninguna manera en este proceso si se tiene en cuenta que en la solicitud formulada por la parte actora apenas se habla de un complejo industrial sin determinar el tipo de industrias y, por consiguiente, sin indicar tampoco las especificaciones sobre la naturaleza de los residuos industriales. En relación con el caso de "Sidesa", la misma diligencia de inspección judicial permite inferir que esta planta industrial no se instaló en el predio que compró a la sociedad demandante, sino en uno diferente, ubicado en jurisdicción del Municipio de Cajicá, lo cual aparece plenamente corroborado con la fotocopia de la Resolución 216 de 1971 dictada por la CAR y por medio de la cual se autoriza el vertimiento de aguas lluvias procedentes de la planta que podrían acarrear sólido y/o contaminantes, no directamente al Río Bogotá, sino al lecho del lago de desperdicios de la Compañía Colombiana de Alcalis - Planta Colombiana de Soda -, (véase C. No. 7 fls. 119 y sgts.).

En la demanda no se expresa con claridad qué clase de vertimientos se le autorizaron a Sidesa, pero en la Resolución antes mencionada se dice con precisión que no se autorizan vertimientos de residuos industriales, sino de aguas lluvias que pudieran acarrear sustancias contaminantes.

Si no concurren los presupuestos de una "falsa motivación" podría pensarse en la posibilidad de una motivación por error, (cargo que si no se enuncia así, podría inferirse de la forma como el demandante plantea los hechos). Pero entonces el problema se desplaza del marco de la teoría de la desviación de poder al de la teoría del error como vicio de nulidad del acto. Habría "motivación por error" cuando la apreciación de la prueba sobre los hechos que fundamentan el motivo, conduce a dar por establecido lo que no existe o, por demostrado, lo inexistente.

Ocurre que la motivación por error también exige la prueba de éste mediante un examen de hechos y de dictámenes técnicos pero la verdad es que esta prueba no se produjo dentro del proceso contencioso.

Tampoco sería lógico deducir el error de la contradicción, en que al decir del demandante, se incurre en los actos acusados. La pretendida contradicción consistiría en aducir la falta de fundamentación técnica de la petición formulada como premisa de la conclusión sobre inconveniencia de establecer complejos industriales en la zona. A juicio de la Sala eso no constituye una contradicción en la motivación del acto sino una falta de lógica, sin las repercusiones que le atribuye el demandante, pues, claramente se advierte que la falta de fundamentación técnica fue la razón determinante del acto denegatorio y que la mención de inconveniencia, en el fondo significa un motivo adicional que, quizás no tuvo en los considerandos del acto, una presentación afortunada.

Los razonamientos expuestos son suficientes para concluir que no se configura el cargo de ilegalidad por desviación de poder.

IV *Los hechos y omisiones como fuente de responsabilidad de la CAR.*

Se aducen como hechos algunas actuaciones y conceptos de órganos de la CAR y del Gobierno Nacional que, al decir del demandante constituyeron un estímulo oficial para la construcción de la Ciudadela. En primer lugar se menciona el plan de usos de la tierra que, como quedó establecido atrás, apenas fue un proyecto, pues la Corporación a través del órgano competente no lo adoptó oficialmente como tal. En segundo lugar se aduce el concepto del Comité Técnico comunicado a la Ciudadela, pero que tampoco se tradujo en decisión oficial alguna. En tercer lugar la asistencia del Presidente de la República y de altos funcionarios del Estado y de la Corporación a la solemne inauguración de las instalaciones de la Ciudadela y las palabras pronunciadas allí por el Jefe del Estado.

En relación con esto último conviene advertir que como el mismo demandante lo afirma en la demanda, los actos a los cuales asistió el Presidente de la República tuvieron por objeto solemnizar la inauguración de unas obras que ya estaban concluidas. En tal virtud, las palabras que hubiese pronunciado el Presidente no pueden en sana lógica aducirse como un estímulo para emprender su ejecución. De otra parte es preciso entender que si el Presidente hubiese expresado algún concepto favorable a lo ejecutado, tal opinión no podría entenderse de ninguna manera en el sentido de liberar a la Entidad de cumplir con las exigencias reglamentarias vigentes. Por lo demás tampoco se adujo la prueba sobre lo expresado por el Sr. Presidente de la República. Pero si se razonara como si todas las circunstancias señaladas estuviesen probadas, ellas no serían suficientes, para fundar responsabilidad de CAR porque se trata de actividades sin trascendencia jurídica, de actos procolatorios, de expresiones sin contenido de voluntad administrativa ni con virtualidad de producir efectos jurídicos.

De otra parte es preciso tener en cuenta que el estímulo supone la voluntad de producir un resultado y ello descarta la posibilidad de que pueda configurar un simple hecho, cuya caracterización jurídica es precisamente la ausencia de voluntad en relación con el efecto producido. De suerte que, de haber existido un estímulo oficial de las autoridades, necesariamente habría tenido que traducirse en un acto y, entonces el planteamiento sería diferente.

Ahora bien, si se considera, en gracia de discusión que los estudios y anteproyectos, los conceptos y aún cierta disposición de ánimo de algunas personas investidas de autoridad pública pudiesen configurar con respecto a la administración, un hecho calificado por la Ley como fuente de

responsabilidad administrativa, sería preciso examinar si un estímulo de naturaleza tan precaria sería justificación suficiente para emprender una obra de la magnitud que acusan los actos, sin la previa seguridad de unas autorizaciones administrativas vitales para la realización de lo proyectado.

La concesión de aguas y de vertimientos no podía otorgarse sin una previa y precisa definición de lo proyectado, susceptible de ser modificada según la forma y condiciones de la autorización. Esto indica que, con mediana prudencia la ejecución de las obras no debía iniciarse sino después de obtenidas las autorizaciones porque solo en ese momento era posible su proyección definitiva como paso previo e indispensable para iniciar la ejecución. La imprudencia implícita en una conducta diferente a la que se acaba de señalar, entraña una falta de elemental prudencia, suficiente para enervar una hipotética responsabilidad de la administración, fundada en hechos que le fueron imputables (Artículos 63, 2357 y concordantes del C.C.).

En el caso de autos no solamente no se configura un hecho del cual pueda deducirse responsabilidad a la CAR, sino que, al contrario, la realidad del proceso demuestra que si la Sociedad demandante hubiese condicionado la ejecución de las obras a la obtención de los permisos, es decir, si actúa como una persona prudente y diligente en el manejo de sus propios negocios, los perjuicios que aduce no se habrían producido, de lo cual se concluye que la causa de aquellos fue la propia culpa de la parte actora y, es bien sabido que en derecho "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*".

Sostiene el actor que el complejo de actividad administrativa resultante de los hechos y omisiones ya comentados y de los actos de la CAR cuya nulidad demanda, entraña violación del Artículo 30 de la C.N. Pero si de tales hechos no se infiere responsabilidad para la Entidad, ni ésta incurrió en la omisión que se le imputa, es claro que el cargo de inconstitucionalidad tampoco esté llamado a prosperar. Más aún, es presumible que si la CAR hubiese actuado para impedir la ejecución de las obras de la Ciudadela como se insinúa en la demanda, sin mediar la adopción de un plan de usos de la tierra para la zona de Tibitó, entonces sí habría podido violar el Artículo 30 de la C.N. por una intromisión indebida en la esfera del derecho de propiedad privada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Niega las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. Situaciones irregulares en que pueden colocarse los responsables de este impuesto. Diferencias y consecuencias legales de cada una de ellas. No pueden confundirse las diligencias preparatorias para la práctica de liquidaciones de revisión o de aforo, con las liquidaciones mismas.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, cuatro de abril
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz

Ref.: Expediente No. 2527

Pide el doctor Rafael Mario Zapata Torres que se declare nula la Circular 3 de 1973, enviada por el Director General de Impuestos Nacionales a sus subalternos, en el pasaje que se transcribe a continuación:

.....
Ahora bien: El Decreto 3288 de 1963, Artículo 14, inciso segundo, faculta a la Dirección de Impuestos para aforar al contribuyente

moroso. Este proceso de aforar conlleva una serie de actos que conforman una operación administrativa, el primero de los cuales ordinariamente está constituido por el auto del Jefe de la Oficina Competente, que delega o faculta a subordinados suyos para practicar una visita contable y que culmina con la correspondiente liquidación de aforo, parte final de tal operación.

Teniendo en cuenta lo anterior, durante el mes siguiente al bimestre respectivo el contribuyente tiene facultad exclusiva de liquidar sus impuestos de ventas; vencido el mes tiene facultad de liquidar, subordinado a la ausencia de actuación por parte del Estado, es decir, que la Administración no haya iniciado la *operación administrativa de aforar*. *Cualquier liquidación privada posterior a este evento sería inocua y cualquier pago será tenido únicamente como abono, depósito o a buena cuenta.*

.....

(las subrayadas son del demandante).

Asevera el demandante que el párrafo transcrito es violatorio de las siguientes disposiciones:

“1. Los Incisos 3o. y 4o. del artículo 14 del Decreto 3288 de 1963, en concordancia con los Artículos 11, parágrafo 2o. y 12o. del Decreto 2733 de 1959.

“2. . . El Inciso 2o. del Artículo 14 del Decreto 3288 de 1963 y el Artículo 22 del Decreto 377 de 1965.

“3. El Inciso 2o. del Artículo 14 y el Artículo 17 del Decreto 3288 de 1963, en concordancia con el Artículo 8o. del Decreto 1595 de 1966.”

Lo primero, porque mientras la circular impugnada expresa que desde el momento en que se comisiona a un funcionario para practicar visita contable a un presunto evasor del pago del impuesto sobre las ventas comienza la operación administrativa de liquidación de aforo de dicho impuesto a cargo de ese responsable y ello hace inocua e inadmisibles la presentación de una liquidación privada del impuesto por parte del responsable de consignar su monto en las arcas oficiales, el Artículo 14, inciso 3o. y 4o., del Decreto 3288 estatuye que la liquidación de aforo debe serle notificada al responsable del pago del gravamen sobre las ventas de modo personal o por edicto, formalidad que según el Artículo 12 del Decreto 2733 es indispensable para que aquel acto produzca efectos.

Lo segundo, porque mientras la circular sienta el principio ya enunciado, los Artículos 14, inciso 2o., del Decreto 3288 y 22 del Decreto 377 facultan a las autoridades de impuestos para adelantar diligencias y obtener pruebas encaminadas a la práctica de liquidaciones de aforo del impuesto sobre las ventas, pero en ninguna forma equiparan jurídicamente esas diligencias y la liquidación misma del impuesto en cuanto a sus efectos.

Y lo tercero, porque mientras los Artículos 17 del Decreto 3288 y 8o. del Decreto 1595 establecen una tasa de interés del 3% mensual por la demora en el pago del impuesto sobre las ventas, que según el Artículo 13 del Decreto 1881 de 1966 debe hacerse simultáneamente con la presentación de la declaración de ventas, es decir, sancionan con el cobro de ese interés la presentación tardía de la declaración y el pago moroso del tributo, la circular impugnada entiende que la demora en declarar ocasiona la práctica de liquidación de aforo que, conforme al Artículo 16 del Decreto 3288 de 1963, implica una sanción del 200% sobre el valor del gravamen para quien omitió declarar. Esta última sanción, en sentir del demandante, solo se causa al quedar en firme la liquidación de aforo, que es cuando se extingue definitivamente la posibilidad de hacer la declaración de ventas.

En el auto del 9 de agosto de 1973, admisorio de la demanda, no se accedió a suspender provisionalmente el acto acusado por no aparecer palmariamente la violación de textos legales alegada por el actor. Tramitado el juicio, éste alegó para insistir en sus peticiones iniciales y el doctor Solanilla, Fiscal 3o. del Consejo, en concepto fechado el 5 de marzo de 1974, opinó que debía accederse a lo impetrado en el libelo.

SE CONSIDERA:

El Decreto-Ley 3288 de 1963 estableció el impuesto sobre las ventas para gravar la enajenación de los bienes y mercancías que el mismo Decreto especifica. El impuesto se causa en el momento de la entrega real y simbólica de la mercancía enajenada y su valor se satisface junto con el precio de la negociación, es decir, viene a corresponderle su pago en definitiva al comprador final o al consumidor de la mercancía de que se trate.

Pero quienes responden ante el fisco por el recaudo y la consignación oportuna del monto del tributo son los productores o importadores y las personas vinculadas económicamente a ellos, según lo enseña el Artículo 9o. del Decreto 3288. Tales responsables deben presentar por períodos bimestrales una relación de sus ventas y consignar en las áreas oficiales el valor del impuesto correspondiente, requisito este último que es indispensable para que pueda ser recibida la relación.

Las liquidaciones del impuesto derivadas de la relación pueden ser corregidas por las autoridades de impuestos dentro de los meses siguientes a su presentación, para ajustarlas a la realidad y aplicar las sanciones del caso. Asimismo, dentro de los dos años siguientes a aquella presentación, dichas autoridades pueden revisar oficiosamente por una sola vez las liquidaciones privadas u oficiales.

Si la relación o declaración de ventas y, por lo mismo, el pago del impuesto son extemporáneos, el Artículo 8o. del Decreto Legislativo 1595 de 1966 establece como sanción el cobro de un interés moratorio del 3% por mes o fracción de mes sobre el monto de lo debido. Y si la declaración es inexacta, hay lugar a cobro de un recargo del 100% sobre el valor del impuesto que se derive de la inexactitud cometida, según lo prevé el Artículo 17 del Decreto-Ley 3288 de 1963.

Este es, en líneas generales, el régimen aplicable a las hipótesis en que los responsables del impuesto presentan su declaración o relación de ventas oportuna o extemporáneamente. Pero de todos modos buscan cumplir con ese deber.

Caso distinto es el de quienes se abstienen de hacer esa declaración y, consecuentemente, evaden también el pago del impuesto. Para remediar esa situación, alejada del todo de la Ley, el Artículo 14 del Decreto 3288 de 1963 faculta a los funcionarios del ramo para adelantar las diligencias y obtener las pruebas necesarias para liquidar por el sistema de aforo el impuesto a cargo de los evasores; y el Artículo 16 del mismo Decreto establece como sanción al aforado un recargo equivalente al 200% del tributo cuyo pago intentó eludir. Esta liquidación puede practicarse dentro de los cinco años siguientes a la fecha en que se causó el impuesto respectivo, conforme al mencionado Artículo 14.

Ese mismo precepto ordena que tanto las liquidaciones de revisión como las de aforo les sean notificadas personalmente o por edicto a las personas afectadas con ellas. Aplica así en esta materia los principios generales consagrados por el Decreto-Ley 2733 de 1959 sobre la necesidad de notificar los actos administrativos para que comiencen a producir efectos, que es garantía para los gobernados como advertencia para que cumplan oportunamente con sus deberes fiscales o para que comiencen por las vías que la Ley les señale la defensa de sus derechos que crean desconocidos o menguados por la determinación oficial.

Los razonamientos hechos permiten llegar ahora a las siguientes conclusiones:

a) Existe notoria diferencia desde el punto de vista legal entre la extemporaneidad en declarar, la declaración inexacta y el absoluto incum-

plimiento del deber de presentar la relación o declaración de ventas. La primera implica demora en expresar la verdad. La segunda equivale a deformar la realidad, sea dentro del plazo oportuno para declarar o fuera de él. Y el tercero es el conato frustrado o conseguido de evadir un tributo que legalmente ha de satisfacerse.

b) Cabe distinguir también las consecuencias legales de cada uno de estos fenómenos. La demora en declarar ocasiona el pago de intereses a la tasa del 3% mensual sobre el impuesto debido. La inexactitud causa un recargo del 100% en el monto del gravamen que de élla se derive. La evasión absoluta da lugar a la liquidación de aforo del tributo con un recargo del 200% sobre su valor.

c) No es posible equiparar ni en cuanto a su origen ni en cuanto a sus consecuencias las tres situaciones irregulares en que puede colocarse un responsable del impuesto sobre las ventas frente a las autoridades tributarias, ni estas últimas pueden aplicar por analogía el régimen propio de una de tales situaciones a otra de ellas, desde luego que el legislador prevé de modo muy claro y específico los efectos de cada situación para el respectivo infractor.

d) Tampoco permite el estatuto del gravamen que se estudia involucrar o confundir las pesquisas, inspecciones, obtención de pruebas y demás labores preparatorias o fundamentales para la práctica de liquidaciones de revisión o de aforo con las liquidaciones mismas. Aquellas diligencias son un preámbulo indispensable para conocer hasta donde llega el monto de la evasión sufrida por el fisco. Las liquidaciones, en cambio, son medios punitivos creados por la Ley para corregir la evasión parcial o total del pago del tributo comprobada a un responsable de satisfacerlo. Son ellas entonces y no las diligencias previas a su práctica las que determinan el monto de la obligación fiscal a cargo del respectivo infractor. Y aún las liquidaciones mismas para producir efectos jurídicos deben serle notificadas al afectado con ellas, conforme quedó visto.

e) Lo expuesto conduce también a esclarecer que no existe base legal para configurar la llamada "operación administrativa de aforar" que mencionan los pasajes impugnados de la Circular 3 de 1973. Ni, menos aún, existe fundamento legalmente plausible para entender que al iniciarse las diligencias preliminares tendientes a la práctica de una liquidación por aforo "cualquier liquidación privada posterior a ese evento sería inocua y cualquier pago será tenido únicamente como abono, depósito o a buena cuenta", como reza uno de aquellos pasajes, ya que quien declara con exactitud así sea tardíamente no es evasor del impuesto sino deudor moroso de éste y el tratamiento que la Ley prevé para cada una de tales situaciones es distinto, conforme quedó expuesto.

Se impone entonces acceder a las peticiones de la demanda y declarar la nulidad de la Circular No. 3 en sus párrafos acusados, por cuanto aparecen claras las violaciones de textos legales que el actor les atribuye.

En tal virtud, 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,

FAILA:

Son nulos los pasajes de la Circular No. 3 de 1973, enviada por el Director General de Impuestos Nacionales a sus subalternos y que dicen así:

“
Ahora bien: El Decreto 3288 de 1963, Artículo 14, Inciso segundo, faculta a la Dirección de Impuestos para aforar al contribuyente moroso. Este proceso de aforar conlleva una serie de actos que conforman una operación administrativa, el primero de los cuales ordinariamente está constituido por el auto del Jefe de la Oficina Competente, que delega o faculta a subordinados suyos para practicar una visita contable y que culmina con la correspondiente liquidación de aforo, parte final de tal operación.

Teniendo en cuenta lo anterior, durante el mes siguiente al bimestre respectivo el contribuyente tiene facultad exclusiva de liquidar sus impuestos de ventas; vencido el mes tiene facultad de liquidar, subordinado a la ausencia de actuación por parte del Estado, es decir, que la Administración no haya iniciado la operación Administrativa de aforar. Cualquier liquidación privada posterior a este evento sería inocua y cualquier pago será tenido únicamente como abono, depósito o a buena cuenta.

Revalídese el papel común.

Cópiese, comuníquese al Señor Director General de Impuestos Nacionales con envío del texto completo de esta providencia, notifíquese y archívese oportunamente.

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

Gustavo Saázar T.

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Forma como se cumple su vigilancia sobre las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de planes o programas de urbanización o construcción de viviendas y las relacionadas con el otorgamiento de crédito para adquisición o construcción de las mismas. Infracciones y penas. Protección especial de los intereses de los ahorradores o eventuales beneficiarios.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., dieciocho de abril
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Radicación 2359. Nulidad de las Resoluciones 2445 y 3104 de 1972 de la Superintendencia Bancaria. Demandante: Cooperativa de Habitaciones de los empleados municipales de Cali Limitada.

Proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro

La demanda aspira a que se decrete la nulidad de los actos mencionados en la referencia, por medio de los cuales el superintendente bancario

ordenó tomar posesión de los negocios de la cooperativa demandante y luego confirmó dicha determinación.

Se solicita la declaración accesorio del "restablecimiento del derecho de la cooperativa" que consistiría en que se ponga fin a la intervención de la superintendencia, actualmente ejercida por intermedio del Instituto de Crédito Territorial y se devuelva la administración de los bienes de los cooperados a su gerente y consejo de administración.

Como motivos para decretar la nulidad se menciona la falsa motivación, que consistiría, aunque no lo exprese el demandante, en la violación de los Artículos 26 y 163 de la Constitución. En segundo término se señalan como violados los preceptos de la Ley 66 de 1968 y del Decreto reglamentario 219 de 1969.

La falsa motivación la explica afirmando que la cooperativa sí tiene el permiso prescrito en el Artículo 5o. de la Ley 66 de 1968 contrariamente a lo afirmado por el superintendente porque él se produjo por ministerio de la Ley en vista del silencio positivo previsto en el Inciso 2o. del Ordinal 6o. del Artículo 5o. según el cual se entenderá aprobado todo plan o programa de urbanización o de venta de vivienda o de terrenos cuando hayan transcurrido treinta días hábiles después de presentada la solicitud sin que el superintendente se pronuncie.

Refiriéndose al segundo considerando afirma que no está demostrado que la cooperativa haya persistido en manejar sus negocios de manera insegura y no autorizada. Largamente se refiere a los cargos resumidos en la Resolución impugnada para concluir que son exagerados.

Por último rechaza la posibilidad de que no se lleve la contabilidad en debida forma entre otras consideraciones porque la misma superintendencia comprobó que la cooperativa tiene los libros que la Ley exige y que están registrados y que si en ellos hay algunos errores no son de tanta gravedad como para ordenar la "ocupación administrativa".

En su momento se examinarán estos puntos de vista.

No se accedió a la suspensión provisional solicitada por las consideraciones que en parte se reproducen aquí:

"La prueba sumaria para sustentar el pedido de suspensión por grave perjuicio consiste en declaraciones rendidas ante juez con las que no se demuestra la existencia de ningún hecho concreto. Se limita a consignar opiniones personales de los declarantes acerca de las causas de las que podría derivarse daño para la Cooperativa. Las

demás pruebas son copias de cartas dirigidas por algunos socios en las que se renuncia a la condición de asociado de la cooperativa y se solicita la devolución de los aportes y ahorros consignados.

“El alegato del abogado es erudito, inteligente y hábil como obra de litigante. Además denso y extenso. De sus reflexiones no puede deducirse flagrante violación de la Ley ni de la Constitución ni los perjuicios directamente derivados de la vigencia de lo resuelto por el superintendente.

“Al contrario, según el Artículo 12 de la Ley 66 de 1968 el superintendente bancario puede tomar la inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de que trata dicha Ley, o disponer su liquidación “cuando persistan en manejar sus negocios de manera no autorizada o insegura”. El ejercicio de esta facultad, que es además un deber ineludible para proteger el ahorro de las personas que aspiran a la propiedad de alguna vivienda, no está condicionado a previo proceso de prevención, amonestaciones y multas como lo estima el demandante. El manejo inseguro es concepto atribuido al superintendente y no es discrecional sino en el sentido de que puede probarse lo contrario, o sea que la apreciación del superintendente es errónea a la luz de los conceptos generales que prevalezcan en un momento dado acerca de lo que es una administración segura. Esta prueba no puede ser la sumaria ni menos la muy incompleta aportada con la demanda. Aceptar el error conceptual del superintendente implica un debate probatorio pleno es decir contradicho lo que es imposible cuando aún no se ha admitido la demanda”.

El superintendente bancario intervino en el proceso tan pronto como se aceptó la demanda y constituyó como apoderado al doctor Alvaro Ramírez Vargas.

El señor fiscal del Consejo comparte en su totalidad los argumentos de la demanda y estima que deben anularse los actos porque la superintendencia obró con ligereza. Acepta que el permiso debe entenderse concedido por ministerio de la Ley (circunstancia que la superintendencia acepta) y añade que este acto administrativo tácito implica la convalidación de cualesquiera actos anteriores que se hubieren efectuado irregularmente, extremo hasta el que no alcanza a llegar el demandante. En cuanto al manejo inseguro considera que “los cargos no parecen tener demasiado fundamento” porque se hizo omisión de “hechos” y circunstancias encaminados a desvirtuarlos”.

Agrega el señor fiscal: "En el proceso consta, por ejemplo, que el instrumento no fue pagado en un solo contado, sino amortizado gradualmente. Se hizo un abono por \$ 20.000.00 el 30 de abril de 1971; otro por \$ 25.000.00 el 4 de mayo; otro por \$ 30.000.00 el 4 de junio y un último abono por \$19.430.08 el 27 de julio.

"Naturalmente, el cesionario y tenedor de la letra, señor Cristóbal León Orozco, no la iba a entregar, cancelada, al primero o segundo abono, sino cuando se le terminara de pagar, es decir, cuando ya no se le adeudara, por ese concepto, un solo centavo.

¿"Lo hizo así, realmente?"

"El caso es que no hay elemento alguno de juicio que permita inferir lo contrario.

"Antes bien, al folio 102, del cuaderno No. 3 y con fecha 26 de septiembre de 1972 figura la xerocopia de la letra, debidamente cancelada, cosa que lleva a pensar y dar por averiguado que el instrumento sí estaba en poder de la Cooperativa, como ella lo asegura.

"De otro modo no hubiera podido tomar la copia que ofreció a la Superintendencia para sustentar el recurso de reposición contra la Resolución No. 2445 de 7 de septiembre de 1972 y que, no obstante, la Superintendencia no repuso.

"Ahora, que el dinero volvió a manos del Gerente de la Cooperativa, señor Rafael Urías Cardona, nadie lo ha negado. Antes bien, se estableció, en su oportunidad, que el señor León Orozco, muy dueño y señor de su plata, se la dió en préstamo al Gerente Urías Cardona, como otras veces lo había hecho.

"El señor León Orozco ha testificado, bajo juramento, en los siguientes términos: ""Yo le presté a él la plata, porque nosotros nos prestamos plata, nosotros hacemos varios negocios e inclusive todavía me debe algunos pesos"".

"El testimonio transcrito no ha sido contradicho, sino ampliamente confirmado con el testimonio del señor Urías Cardona".

En cuanto a la contabilidad se expresa así: "El cargo no solo aparece improbadado sino desmentido y contradicho por la Cooperativa, quien sostiene que no solamente lleva libros, sino la contabilidad de sus negocios, como lo demuestra el balance general cortado en 31 de diciembre de

1971, que no se hubiere podido hacer sin contabilidad y sin libros.

“La observación es razonable

“Ahora, si al señor Superintendente no le satisfacía la contabilidad de la cooperativa ha debido adoptar algunas de las medidas de que habla el Artículo 35 de la Ley 66 y ejercer un mayor control sobre su funcionamiento etc.

“Si no lo hizo oportunamente, no podía decir en las Resoluciones demandadas que la Cooperativa ha persistido en manejar en forma indebida su contabilidad, ni sus negocios, ya que antes cabría afirmar que fue la Superintendencia Bancaria la que, a su debido tiempo, no cumplió la labor de inspección y vigilancia que sobre estas entidades le encomienda la Ley y estaba en el deber de realizar”.

Para resolver se analizarán los cargos y descargos en el orden presentado así:

1. Según la Ley 66 de 1968 las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de planes o programas de urbanización o construcción de viviendas, cualquiera que sea el sistema adoptado: así-como de las consistentes en el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas, está sujeta a la vigilancia del gobierno nacional que se cumple a través de la superintendencia bancaria y que exige dos condiciones:

1a. La inscripción del empresario ante la superintendencia para lo que ha de cumplir con todos los requisitos de que trate el Artículo 2o. y

2a. Que cada uno de los planes o programas que hayan de desarrollarse obtengan permiso especial y concreto del mismo superintendente.

Hay dos clases de infracciones: a de ejecutar las actividades ya mencionadas cuando el empresario no es á inscrito o ha vencido su inscripción, que debe renovarse cada año, o cuando ejerce tales actividades sin el permiso que en cada caso se requiere para cada urbanización o programa o plan.

Las infracciones como tales tienen pena de prisión de dos a seis años por la falta de inscripción y de uno a cuatro años cuando existiendo la inscripción esta no se halle vigente o se ejerzan las actividades sin el permiso concreto de que ya se ha hablado.

Independientemente de las penas, el superintendente debe ejercer parti-

cular vigilancia para proteger los intereses de los ahorradores o eventuales beneficiarios de quienes se hayan recibido aportes o cuotas y debe intervenir preventivamente cuando quiera que encuentre que corren peligro tales intereses, precisamente para evitar que se cause el daño, porque la experiencia enseña que las penas de prisión pueden ser ejemplarizantes y aún moralmente retributivas del daño causado, pero en general no alcanzan para reintegrar a los damnificados los ahorros que hayan sido malversados o mal administrados. Es tan rigurosa la Ley, que prohíbe no solamente ejecutar los planes o programas sin el cumplimiento de los requisitos ya mencionados, sino que prohíbe anunciarlos u ofrecerlos cuando no se han obtenido las licencias.

Las disposiciones actualmente vigentes como las anteriores contenidas en el Decreto 2349 de 1965 y sus reglamentarios 979 y 980 de 1966, constituyen la culminación de prolongado y angustioso clamor de la opinión pública general para que se creara algún instrumento estatutario y su vigilancia se encomendara a alguna agencia oficial apta para evitar que continuaran ocurriendo los engaños de que fueron víctimas tantos colombianos pobres, ingenuos y mal informados, que entregaron sus ahorros con la consignación periódica de pequeñas cuotas, sin fijarse, como lo haría el avezado hombre de negocios, en la idoneidad profesional y moral de quienes ofrecían satisfacer ese anhelo de los trabajadores sin vivienda, que explica con tanta sencillez uno de los hijos de Sánchez el señor Oscar Lewis con las siguientes palabras:

“Luché día y noche para establecer mi hogar, un hogar humilde como puede usted ver. Pero paso mis ratos felices con las criaturas. Primero por Dios y por ellos estoy en pie y estoy marcando el paso. Cuando cruzo las calles tengo cuidado con el tráfico; no es de mí que tengo que cuidar, es de las criaturas. No podré darles mucho, pero al menos siguen viviendo y creciendo, y espero que con la ayuda de Dios pueda estar con ellos hasta que puedan ganarse su vida.

“Yo quiero dejarles un cuarto, es la ambición que tengo. Lo ampara aquella casita, una, dos o tres piezas; un cuarto para cada uno, para que vivan juntos. Pero no me quieren ayudar. Le pido a Dios fuerzas para seguir luchando, que no caiga yo pronto y pueda terminar aquella casita. Una casita que no vale mucho, pero donde pueda vivir mi gente. Usted, dentro, es dueño de todo. Será una protección para ellos cuando yo caiga para no levantarme más”.

La anterior explicación importa para que pueda entenderse el sentido y la finalidad de las funciones que le han sido encomendadas al superintendente bancario para proteger el ahorro de los colombianos destinado a adquirir su vivienda, sin que interese mucho la naturaleza legal que adopte

la empresa que haya de cumplir tal administración.

El superintendente aceptó en una de sus Resoluciones que por el transcurso de los 30 días debía entenderse aprobada la urbanización respecto de la cual se formuló solicitud de licencia, de modo que respecto de esta circunstancia no es necesario profundizar. Sin embargo el que la licencia permitiera hacer promesas de venta o ventas a partir de la fecha de su vigencia no significa, y menos en el caso de licencia tácita, que los hechos anteriores contrarios a la Ley, hayan quedado convalidados. A este respecto el Consejo hace suyas las siguientes explicaciones formuladas por el representante de la superintendencia en el curso de la audiencia pública:

“La primera cuestión, si la Cooperativa tiene ahora o no permiso para vender lotes no ha sido debatida por el Superintendente. A este respecto, ahora solo quiero aclarar que si el Superintendente Bancario no concedió el permiso o lo negó dentro del término de 30 días, no fue por negligencia suya sino porque se adelantaba rigurosa investigación sobre graves cargos contra los administradores. No quería el Superintendente pronunciarse antes de hacer luz en el asunto.

“Esto, supuesto, la cuestión fundamental es: la obtención del permiso para un plan de ventas de lotes, legaliza las ventas o las promesas de ventas o las negociaciones anteriores, hechas sin los requisitos legales?

“No lo estima así la Superintendencia Bancaria por las siguientes razones:

“a) El numeral 7o. del Artículo 12 de la Ley 66 de 1968 dice que el Superintendente Bancario puede tomar posesión de los negocios y bienes de una persona jurídica o natural cuando desarrolle las actividades de que trata la Ley en las circunstancias del Artículo 11.

“¿Cuáles son las actividades de que trata esta Ley? Lo dice el Artículo primero: las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de planes de urbanización o construcción de viviendas.

“¿Cuáles son las circunstancias del Artículo 11? Anunciar o desarrollar estas actividades de enajenación sin hallarse inscrito ante el Superintendente Bancario o sin el permiso del mismo.

“Es bien claro que algunas actividades de enajenación, promesas de

venta o ventas de lotes, se pueden realizar, cuando el respectivo plan no tenga permiso y otras enajenaciones cuando ya se obtuvo el permiso. Las primeras enajenaciones son ilegales, las segundas no; y no se ve porqué la legalidad de unas pueda subsanar la ilegalidad de los otros actos de enajenación. Cada una de estas negociaciones son actos jurídicos concretos, individuales, diversos, independientes unos de otros, ejecutados en circunstancias legales distintas. La legalidad de unos no puede cubrir con manto generoso la ilegalidad de los otros.

"b) Quizás el señor Fiscal conceptuó de manera diversa porque pensó que el permiso que concede el Superintendente se refiere al plan de construcción de una urbanización, a la ejecución de las obras de servicios públicos en determinado terreno. En este caso, obviamente, al aprobarse la urbanización, quedan aprobados todos sus lotes; sería absurdo pensar que se autorizan unos lotes y otros no, o una parte de unas calles y otras no.

"Este permiso de ejecución de obras es aquel a que se refiere el numeral quinto del Artículo quinto de la Ley tantas veces citada. Es la licencia de obras que otorga la autoridad municipal.

"Pero el permiso que debe conceder el Superintendente es bien distinto, se refiere primordialmente a las ventas. Como ya se dijo, al tenor de los Artículos 1o. y 5o. es un permiso para adelantar actividades de enajenación, y trata de tutelar los derechos e intereses económicos del público. Cada venta, o promesa de venta, pues la Ley habla en general de "actividades de enajenación", puede desarrollarse en condiciones y circunstancias muy distintas, tanto por el instrumento que se emplea para hacer constar la enajenación, como por el valor de la misma, los gravámenes que afecten el solar objeto del negocio, los plazos para cumplir las obligaciones etc. Estas circunstancias, para seguridad del público, deben llevar la aprobación del Superintendente Bancario. Si posteriores negociaciones llevan la garantía de la aprobación de este funcionario, no quiere ello decir que las anteriores también la tengan, que no se ha cometido fraude alguno. No se pueden bendecir con mano benigna negociaciones que a lo mejor han versado dos veces sobre el mismo lote, o en las que solo se expide un simple recibo del pago, en lugar de una válida promesa de compraventa que sirva al presunto comprador de prueba para exigir el cumplimiento de lo pactado, y otras irregularidades por el estilo.

"No. El permiso no es un visto bueno de actuaciones pasadas. Es una seguridad para futuras enajenaciones. No es una manguiancha absolucón para quienes impunemente burlaron la Ley.

“Esto precisamente demuestra que el criterio del Superintendente Bancario obedece a la voluntad y al espíritu de la Ley; proteger los intereses del público.

“Puede ser que un plan de ventas tenga ya permiso. Pero se han hecho anteriores negociaciones sin la autorización del Superintendente y que ofrecen irregularidades de distinto orden; que, por tanto, deben subsanarse. Para ello el Superintendente debe tomar posesión del negocio, y puede hacerlo según lo autoriza el Artículo que comentamos.

“Como pueden apreciar los Honorables Consejeros, por el expediente pueden constatar que antes de que la Superintendencia controlara las enajenaciones de la Cooperativa, algunas de sus actividades se desarrollaron en condiciones irregulares. La Superintendencia debía poner orden en esas negociaciones hechas sin su autorización.

“c) El criterio de que la aprobación de un plan legaliza las enajenaciones hechas con anterioridad, trae otras peligrosas consecuencias para el bien público / deja sin sanción a los violadores de la Ley 66 de 1968, que precisamente en razón de fraudes colectivos anteriores, quiso ser celosa en proteger los haberes y los ahorros de las clases necesitadas, que buscan un pedazo de tierra en donde construir su vivienda.

“Tan pronto como el Superintendente descubre que se han desarrollado actividades de enajenación de lotes, dentro de un plan que no cumple los requisitos legales, lo primero que hace es, por intervención directa o por otros apremios legales, someter dicho plan a las exigencias de la Ley. Esto en bien de quienes incautamente cayeron y negociaron lotes, pues sin el permiso del Superintendente no se podrían correr escrituras a quienes suscribieron promesas de compraventa (Artículo 9o. del D.138) de 1972) o recibieron simples recibos de pago, ni las autoridades municipales, dotarían los solares de los elementales servicios públicos. Pero si la autorización del plan, legaliza anteriores ilegales actividades de enajenación, ¿en qué quedan las sanciones de la Ley? ¿En qué queda la responsabilidad de quienes la violaron? ¿En qué queda la fuerza de esta Ley, en una actividad tan infestada de urbanizadores piratas, llenos de las más inauditas artimañas y trucos?

“d) Por último, para afirmar que al aprobarse un plan de enajenaciones quedan legalizadas las ventas hechas con anterioridad, debe probarse que los solares vendidos están comprendidos dentro del plan

aprobado. Esto nunca se puede probar, porque un solar vendido con anterioridad no puede quedar comprendido dentro del plan de ventas cuya autorización se solicita. Y esto por una sencilla razón:

“Cuando se solicita la aprobación de un plan de ventas, éste se debe precisar exactamente, determinando, entre otras cosas, los terrenos que se quieren vender y acreditando su dominio mediante presentación del certificado de tradición y libertad (numeral 4o., Artículo 5o. de la Ley 66 de 1968). Si el dueño del terreno es otra persona distinta a la que va a ejecutar el plan, el dueño del terreno debe coadyuvar también la petición (Artículo 6o.)— Así, pues, los solares vendidos antes de la solicitud de aprobación de un plan de ventas no quedan incluidos dentro de ese plan, esos solares ya no quedan incluidos dentro del terreno que se dice se va a vender, esos solares ya no están incluidos dentro del certificado de tradición y libertad que se presente para obtener la autorización de venta, y conste que solo se autoriza la venta del terreno cuya propiedad se acreditó mediante el certificado de libertad.

“Al folio 225 a 228 del informe de visita, constan las escrituras de venta que el gerente de la Cooperativa corrió sin el permiso del Superintendente Bancario.

“En consecuencia, sí es fundada motivación de la Resolución impugnada, cuando afirma que la Cooperativa de Habitaciones realizó actividades de ventas de solares, dentro de planes de urbanización, sin cumplir los requisitos legales”.

La Ley es muy cuidadosa en la protección de los intereses de los ahorradores y por eso se exige que además de la aprobación de las autoridades locales relativa al cumplimiento de las reglas sobre urbanismo y servicios públicos, el texto de los contratos de venta o de promesa de venta debe estar aprobado por la superintendencia. Es obvio que antes de que se produjera el permiso tácito, las ventas hechas no lo fueron mediante contratos cuyo texto tuviera la aprobación del superintendente.

No prospera este cargo.

2o. y 3o. Largamente se extiende la demanda para demostrar la inexistencia de irregularidades con olvido de las muy abundantes de que dá cuenta la prolija investigación de la superintendencia que puede examinarse en los cuadernos de antecedentes administrativos. No es necesario analizarlos todos; basta con mostrar algunos.

En el acta de visita practicada del 23 de Marzo al 23 de Junio se comprobó que efectivamente la cooperativa tiene registrados los libros que la Ley exige, pero ello no significa que sea bien llevada la contabilidad. Tampoco es prueba de una administración eficiente y delicada. Por ejemplo, según los estatutos el consejo de administración debe reunirse por lo menos dos veces al mes y según el libro de actas desde el mes de Enero de 1972 hasta el día de la visita no se había celebrado sino tres reuniones. Otras omisiones son tan graves como el no haber elaborado el reglamento de la sección de vivienda de ahorro y de crédito y por tanto no haberlo sometido a la aprobación del superintendente según se lee en el folio 8 del cuaderno número 4. En acta de visita de la superintendencia de cooperativas se advierte que directivos de la empresa, señores Alvaro Muñoz, Atiliano Rodríguez y el gerente Rafael Urías Cardona obtuvieron préstamos que superan en un ciento por ciento el valor de los aportes. El visitador de las cooperativas llama la atención de este peligro que constituye un abuso de los administradores que son los que tienen “en su poder la mayor parte del capital de la sociedad. . .”. Lo anterior no impide a la misma superintendencia de cooperativas, folio 144 del cuaderno principal, elogiar la eficiencia administrativa de los mismos caballeros y destacar la circunstancia de que obtuvieron una utilidad, según el balance a él presentado, de doce mil pesos, con olvido de que en el mismo informe se dá cuenta de que en el año de 1972 se recibieron auxilios oficiales por \$ 65.000.00 y se obtuvieron apropiaciones para 1973 por \$ 50.000.00, de donde se concluye que la utilidad ni siquiera alcanzó a equivaler al valor de los auxilios.

Cuando quiera que resulta imposible justificar algún gasto, con el fin de cuadrar las cuentas se lleva una con el nombre de “abonos por aclarar”. Folio 13 cuaderno 4 de antecedentes.

Según se lee en el folio 55 del mismo cuaderno la cooperativa prometió vender a sus socios 33 solares de que no era dueña sin perjuicio de que como se ve en el folio 60, de acuerdo con la Resolución número 2 de 17 de abril de 1968, según consta en el acta número 5 del consejo de administración se adjudicaron por precio inferior al avalúo establecido, algunos solares en la urbanización de Los Cábmulos a miembros de la administración de la cooperativa, señores Alvarez Becerra y Rafael Urías Cardona, el gerente.

En cuanto a algunos casos concretos mencionados en la demanda basta transcribir las explicaciones del apoderado del superintendente durante la audiencia:

“Tales casos son:

“I. Pago de una letra por \$65.725.00.

“II. Pago al señor Moisés Giraldo.

“III. Pago al señor Nilo Vivas.

“Veamos punto por punto.

“I. Pago no autorizado y sin comprobantes de una letra por \$65.725.00, girada a favor del señor Manuel Salazar Botero, con vencimiento el 10 de septiembre de 1969. Esta letra correspondía al último pago que la Cooperativa debía hacer a dicho señor por la compra del terreno donde se adelantaría la urbanización.

“La letra aparece endosada a favor del señor Cristóbal León Orozco. León Orozco recibe el pago de la letra en distintos contados, y percibe también muy altos intereses, por cada cheque que recibe de la Cooperativa, gira igual cantidad a favor del gerente de la Cooperativa, señor Urías Cardona, quien lo cobra a su favor. Dice el gerente Cardona que esos giros se hicieron porque León Orozco le prestaba esa plata, aunque no presenta ningún comprobante de tales gratiosos préstamos.

“Cuando los funcionarios de la Superintendencia practicaron la visita, tampoco apareció la letra, debidamente cancelada, ni los comprobantes de los dos últimos pagos.

“a) En el recurso de reposición, el gerente Cardona alegó por medio de su apoderado que la letra desde que se canceló estuvo en los archivos de la Cooperativa en el folder denominado “Títulos de terrenos comprados a don Manuel Salazar Botero” y adjunta xerox copia de la misma; b) La letra fue endosada a Cristóbal León Orozco, quien se presentó con abogado a cobrarla el 26 de enero de 1971; como la Cooperativa no tenía dinero para pagarla, se convino cancelar la letra antes de un año, pagar intereses compuestos por la mora, y \$4.000.00 por honorarios de abogados y perjuicios. Se adjuntó xerox copia del convenio suscrito por la Cooperativa y Cristóbal León Orozco. Este documento no se presentó cuando se practicó la visita a la Cooperativa.

“Al resolver el recurso, el Superintendente respondió que según acta del 2 de febrero de 1971, en esta fecha el gerente de la Cooperativa hizo declaraciones totalmente contrarias a los miembros del Consejo Directivo, pues manifestó que “la actual gerencia no ha

estado interesada en hacer el pago de esa letra, pues si así fuera, lo hubiera hecho y que además, nadie se había presentado a cobrar dicha letra”.

“Ahora ante el Honorable Consejo de Estado, el gerente Cardona por intermedio de su mismo apoderado, manifiesta que el señor Cristóbal León Orozco no se presentó el 26 de enero de 1971 a cobrar la letra, sino en marzo de 1971: se cometió un error en la fecha del documento.

“¿Será un manejo seguro e que las fechas de los contratos y los documentos de contabilidad se modificaron a su acomodo, según las incriminaciones que posteriormente se hagan? ¿Más aún, que los comprobantes solo se presenten cuando se ha sancionado por la irregularidad de los pagos?

“Pero el gerente Cardona queda de todas maneras prisionero dentro del dilema de la verdad. ¿Celebró el contrato con León Orozco antes de la sesión del 2 de febrero de 1971, o después? Si después, como él afirma, pagó contra la expresa orden del Consejo Directivo, según consta en el acta No. 11 de la fecha (folio 132) Si antes, mintió al mismo Consejo, afirmando que nadie se había presentado a cobrar la letra y que él no estaba interesado en pagar esa letra.

“En realidad, la última parte del dilema es la cierta. Y el señor apoderado de la Cooperativa por segunda vez fue engañado por el gerente, cuando lo hace afirmar ante el Honorable Consejo de Estado que el cobro de la letra solo se hizo en marzo de 1971. En el anexo 25 del informe de la visita practicada por funcionarios de la Superintendencia y rendida bajo juramento (folio 78), aparece copia de un cobro hecho el 26 de julio de 1970 por el señor Orozco.

“Consta que los empleados de la Cooperativa ya sabían de ese cobro y se rumoraba que una letra se trataba de pagar irregularmente. Estos rumores llegaron hasta el Consejo Directivo, por lo cual se ordenó una investigación (anexo 25 visita acta No. 11 Folio 32, del Consejo Directivo).

“Por este aspecto, el gerente en lugar de desvirtuar el cargo ha quedado doblemente comprometido.

“b) Se dice “que en el recurso se presentó prueba documental sobre existencia de la letra, en poder de la Cooperativa, es decir, que se presentó plena prueba para desvirtuar el cargo y la Superintenden-

cia lo desconoció”.

“Efectivamente, está la xerox copia de una letra. Por mandato de la Ley cambiaria, hay que presumir que las firmas estampadas allí son auténticas. Pero cómo sabemos que la letra de autos es la misma que ahora se presenta; ante terceros debe tener por fecha aquella en que por primera vez se presenta ante una autoridad, o sea el año pasado.

“Pero no seamos tan suspicaces. Supongamos es la misma letra de autos. El hecho cierto incontrovertible, es que cuando la Superintendencia por medio de sus visitadores exigió al señor gerente presentara la letra, la letra no apareció por ninguna parte; el gerente no supo dar razón de ella; tampoco dio razón de los intereses tan altos pagados. Ver folio 18 informe visita”.

Al expediente llegaron memoriales con muchas firmas en los que se solicita poner término a la administración que en nombre de la superintendencia el Instituto de Crédito Territorial y otros con no menor número de firmas en donde se ruega lo contrario. No obstante, ni los administradores cuya actividad fue por lo menos negligente e indelicada ni su apoderado, han aducido pruebas para desvirtuar las que constan en la prolija visita de la superintendencia bancaria, de la que es fácil concluir que la contabilidad de la cooperativa, por desordenada, no refleja la verdad financiera, que hay operaciones que no constan ni en los libros principales ni en las tarjetas auxiliares o que constan equivocadamente, que el Consejo Directivo ha abusado de sus funciones, que a la asamblea general se han presentado informes financieros incompletos y equívocos, que miembros del Consejo Directivo y el gerente han utilizado la cooperativa para beneficiarse ellos primeramente que otros afiliados y para aprobarse operaciones privilegiadas y contrarias a los estatutos.

La persistencia en la violación de las leyes, de los estatutos y de los reglamentos es sorprendente porque la mayoría de los asientos no corresponden a la verdad de las operaciones a pesar de las alabanzas de la superintendencia de cooperativas. El manejo no sólo ha sido inseguro sino indelicado como lo dice el apoderado de la superintendencia en el resumen de su exposición oral cuando informa que poco después de asumir la administración se descubrió un faltante por más de cien mil pesos y esta ausencia de dinero fue acompañada de la desaparición del tesorero.

Con el anterior análisis que es una simplificación de los documentos que acompañan al expediente, se demuestra que también carecen de validez los cargos segundo y tercero.

Conviene advertir que la toma de posesión de los negocios bienes y haberes decretada por la superintendencia no es pena impuesta a los socios

de la cooperativa sino medida cautelar para que lo que queda de sus ahorros no se esfume en las manos improvidentes de los administradores que reclaman la restauración en sus anteriores encargos para “dirigir bien los intereses de los asociados”. En cuanto a las penas por las infracciones que pudieran haberse cometido no corresponde su pronunciamiento al Consejo de Estado sino a los jueces penales.

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 lo solicitado en la demanda.

Habilítese el papel sellado y revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese, devuélvase los cuadernos de antecedentes a la superintendencia bancaria, comuníquese al Superintendente Bancario y al Superintendente de Cooperativas. Cumplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la sala de fecha dieciocho de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

Gustavo Salazar Tapiero

Juan Hernández Sáenz

Bernardo Ortiz Amaya

Miguel Lleras Pizarro

Hernando Franco Rojas
Secretario

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD. Sus efectos no son equiparables a los de la derogación. Teoría de los efectos específicos de la sentencia de inexequibilidad. Teoría de la equiparación de efectos entre la sentencia de inexequibilidad y la declaratoria de nulidad.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla

*Bogotá, D.E., veintidós de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Sesión del día 10 de mayo de 1974

Ref: 2013

*Actor: José Raúl Noguera Solarte
Autoridades Nacionales*

El señor José Raúl Noguera Solarte, por conducto de apoderado, instauró acción contencioso administrativa para obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 144 de 1973 (abril 26) dictada por el Consejo Superior Universitario y 3 de 1971 (enero 26) proferida por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y, además el consiguiente restablecimiento del derecho que, el propio actor hace consistir en lo siguiente:

“PRIMERO. DECLARAR QUE JOSE RAUL NOGUERA SOLARTE llenó los requisitos exigidos por el Decreto 970 de 1970 para optar al título de ABOGADO.

“SEGUNDO. OTORGAR, por ese HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, el título de Abogado a JOSE RAUL NOGUERA SOLARTE”

El actor afirma que los actos acusados en virtud de los cuales se le denegó el otorgamiento del título de abogado, son violatorios del Artículo 23 del Decreto 970 de 1970, del Artículo 27 del C.C. y del Artículo 252 del C. de P.C. violaciones que fundamenta en la interpretación que hacen los órganos de la Universidad del Artículo primeramente citado y en la apreciación de las pruebas aportadas por el solicitante en la actuación administrativa correspondiente.

La Vista Fiscal

Al descorrer el traslado legal, el Señor Agente del Ministerio Público consignó las siguientes opiniones:

“Sin necesidad de tener que entrar a fondo en el estudio de las razones que en su oportunidad pudo esgrimir la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y el Consejo Directivo de la misma, para negar el otorgamiento del grado solicitado por el demandante; ni tampoco, sin tener que desconocer los méritos que pudiera ostentar el pretendiente al título de abogado, considera esta Fiscalía que ante la inexecutable que fue decretada contra la norma en que fundamentalmente se apoya la demanda, las pretensiones instauradas en manera alguna pueden prosperar.

“Bastante se ha discutido, en cuanto a su aplicación en el tiempo, sobre los efectos de la inexecutable. El criterio de la Corte, al respecto, no ha sido el mismo que el expuesto por el Consejo de Estado, y aún entre las Salas de éste se han presentado, algunas divergencias; pero en lo que sí no parece existir discrepancia es en cuanto al ningún efecto que pueda tener una demanda instaurada con posterioridad a la declaratoria de inexecutable de la norma en que pretenda apoyarse el demandado.

“Si la Universidad hubiese otorgado el título al demandante con base en un decreto declarado, posteriormente, inexecutable, los efectos de esta decisión, conforme a la doctrina de la Corte no podían afectar situaciones ya definidas. En cambio, pretender que por el solo hecho de existir una petición en trámite se pueda revivir la vigencia

de lo que ya legalmente no existe, es cuestión a la cual es imposible acceder favorablemente, porque ello implicaría reconocer exigencia (sic) legal a lo que ya se declaró inconstitucional mediante sentencia ejecutoriada.

“La demanda que dio origen al presente proceso se instauró el día 27 de julio de 1973 y el Artículo 23 del Decreto-Ley 970, cuya aplicación se pretende, fue declarado inexecutable mediante sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha diciembre 14 de 1970.

“Por lo anterior, en concepto de esta Fiscalía, no debe accederse a lo demandado”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el curso de la actuación administrativa, y aproximadamente un mes antes de proferirse la Resolución No. 3 de 1971 (enero 26), la Corte Suprema de Justicia, pronunció sentencia por la cual declaró la inexecutable de varios Artículos del Decreto Ley 970 de 1970, entre ellos el 23 que se invoca en la demanda como la disposición principalmente violada. Esta sentencia tiene fecha del 14 de diciembre de 1970 y quedó en firme el 11 de febrero de 1971, vale decir diez y seis días después de dictada la Resolución antes mencionada.

La actuación administrativa a que dió lugar la solicitud del Señor Noguera culminó el 26 de abril de 1973 mediante la Resolución No. 144, expedida por el Consejo Superior de la Universidad Nacional, por la cual se confirmó la No. 3 de 1971, denegatoria de la petición para que se otorgara el título. De esta suerte, cuando se produjo el pronunciamiento definitivo de la administración en el sentido ya expresado, hacía más de dos años que la norma invocada por el Señor Noguera como sustento de su petición, había sido declarada inexecutable.

LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD

Para la Sala es inaceptable la tesis conforme a la cual los efectos de la sentencia de inexecutable se equiparan a los de la derogación, por dos razones fundamentales: 1o. Porque la Constitución le otorga a la Corte Suprema de Justicia la función de la guarda de la integridad de la Constitución, a título de potestad jurisdiccional y no como una facultad de normatividad general. El título correspondiente de la Carta se denomina jurisdicción constitucional y la institución se organiza sobre la base del concepto de acción y de un típico proceso jurisdiccional que, como es de rigor culmina con una sentencia cuyo contenido se limita a declarar, con

efecto "*erga omnes*", la conformidad o inconvención de la norma con la Constitución, sin la posibilidad en el último caso de estatuir norma alguna en sustitución de la declarada inconvencible. 2o. Porque la equiparación, conduce al absurdo jurídico del vacío normativo. En efecto: Si la Corte no puede dictar la norma en reemplazo de la declarada inconvencible y las normas derogadas no reviven sino en virtud de la reproducción completa de su texto en una nueva Ley, la consecuencia irremediable es que desaparece toda la normatividad atinente a la materia.

Las restantes posiciones doctrinales sobre esta materia se reducen, prácticamente, a dos: La de quienes le confieren a la sentencia de inconvencibilidad unos efectos específicos, y la de quienes equiparan la inconvencibilidad con una declaratoria de nulidad. Si se examina el caso *sub iudice* a la luz de estas dos tesis la conclusión es una misma, como pasa a demostrarse.

A. La teoría de los efectos específicos de la sentencia de inconvencibilidad.

Inconvencible significa etimológicamente lo que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto, ni cumplir ni ejecutar. Lo mismo que ejecutar procede del verbo latino *exequor exequi*. Por manera que cuando se produce una sentencia de tal naturaleza, se dispone que lo ejecutable hasta entonces no se pueda seguir ejecutando, en razón de haberse comprobado una contradicción con la norma fundamental. Antes de la sentencia el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerársele acorde con la Constitución, no obstante que, en casos concretos y dentro del proceso de aplicación de las normas, el órgano público correspondiente pueda declarar su inaplicabilidad, por vía de la llamada excepción de inconstitucionalidad, (Artículo 215 C.N.); pero en tal hipótesis, la declaración tiene un efecto limitado al caso, por lo cual subsiste la presunción general de constitucionalidad, de la cual se deriva la continuidad de la vigencia del precepto a pesar de su no aplicación en un caso concreto.

El fenómeno de la vigencia simultánea del precepto que intrínsecamente pueda adolecer de inconstitucionalidad y de la norma de la Carta en contrario, no entraña contradicción del orden jurídico, ni quebranto de su unidad, como dice Kelsen, por la fuerza que le comunica la norma superior a la inferior en una especie de crédito general de conformidad con aquélla, al cual sólo le puede poner fin la sentencia de inconvencibilidad, vale decir la decisión por la cual se dispone, que la segunda no puede ser ejecutada ni aplicada en lo sucesivo, así sea en relación con situaciones surgidas o creadas bajo su vigencia.

Kelsen plantea y resuelve la cuestión en términos de una lógica impecable, así: (página 120 a 121 Teoría pura del Derecho).

“Cómo puede mantenerse la unidad del orden jurídico, en tanto sistema lógicamente cerrado de normas, si existe una contradicción lógica entre dos normas de diferente grado de este sistema, si están en vigencia tanto la constitución como la Ley que la infringe, tanto la Ley como la sentencia que la contradice. Conforme al Derecho positivo, no puede ponerse en duda que exista el caso. Aquél cuenta con el Derecho antijurídico, y confirma su existencia al tomar diversas precauciones para impedirlo o aún restringirlo. Pero al hacer esto, al admitir por cualesquiera razones como Derecho a una norma indeseable, acepta para ésta el carácter propio de la antijuricidad. Y en efecto: si el fenómeno designado como norma antinormativa —la Ley inconstitucional, la sentencia ilegal, etc.— importara realmente una contradicción lógica entre una norma de grado superior y otra de grado inferior, se habría perdido entonces la unidad del orden jurídico. Pero esto de ningún modo ocurre.

“Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una Ley válida que contradice las prescripciones de la constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo: que la constitución no solo quiere la validez de la Ley constitucional, sino también —en cierto sentido la validez de la Ley “inconstitucional”, de otra manera, no podría hablarse de una validez de la última. El que la constitución quiera también la validez de la llamada Ley inconstitucional, surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada y que deben tener o no tener un contenido determinado, *sino también que, en caso de ser producida una Ley en otra forma que la prescrita o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, si o que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la Constitución*”.

De esta suerte los efectos de la inexequibilidad y de la derogatoria ofrecen diferencias sustanciales que no permiten ninguna equiparación: la norma derogada puede y debe ser aplicada con posterioridad a su derogación, en relación con situaciones creadas bajo su vigencia. En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexequibilidad es más amplio que el de la derogatoria porque desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y por consiguiente, extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunicaba a la inferior, debe considerarse para lo *sucesivo*, como si no hubiese existido. Hacia el pasado y, por la razón antes apuntada, de la validez que le comunica la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquélla también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas *constituidas*, y,

en mayor medida, las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la “cosa juzgada”.

Los efectos de la declaratoria de inexecutable no son equiparables a los de la derogación — la Corte no puede ejercer la función normativa de derogar — sino de declarar absolutamente inexecutable e inaplicable el precepto constitucional, lo cual equivale a su extinción, con incidencia inmediata sobre el presente y proyección hacia el futuro, pero también con ciertos efectos sobre el pasado. Tal extinción no equivale a la derogatoria y, por lo tanto, no se le pueden aplicar los efectos que la Ley prevé en relación con la derogación, y en especial los señalados en el Artículo 14 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una Ley nueva. Esta disposición es perfectamente lógica dentro del fenómeno de la derogatoria porque el órgano que deroga tiene la competencia normativa para llenar el vacío de la norma derogada, lo cual no ocurre con la Corte cuando declara la inexecutable. Por consiguiente a la extinción que se deriva de la inexecutable, dada su diferente naturaleza, no puede aplicársele la regla del Artículo 14 y en consecuencia es preciso aceptar que, a partir de la sentencia de inexecutable recobra vigencia la norma anterior, *pues ya no es posible darle ejecución ni aplicación al propio precepto derogatorio, contenido implícita o explícitamente en la norma que ha sido juzgada inexecutable. Este precepto derogatorio también se ha extinguido por ministerio de la inexecutable, de forma que hacia el futuro reviven automáticamente, las normas anteriores.*

La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexecutable no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexecutable, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, a norma superior permite la vigencia condicional de la norma “antinormativa”, de donde se deriva que la sentencia de inexecutable no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad.

Los partidarios de la equiparación de efectos entre estas figuras jurídicas antemoran el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que “*ab initio*”, se consideran contradictorios.

Los conceptos anteriores permiten hacer las siguientes precisiones:

1a. Ante la petición de ejecución de una norma, que se le formule a la administración después de pronunciada y en firme una sentencia de inexecutable, la solicitud debe ser denegada porque la norma es inexecutable.

2a. Si la sentencia queda ejecutoriada después de formulada la solicitud, pero cuando está en curso la actuación administrativa correspondiente, la administración también debe denegar la ejecución por la misma razón de inexecutable absoluta que se deriva de la sentencia y que se proyecta hacia el futuro.

3a. Si la sentencia de inexecutable se dicta y queda en firme después de pronunciada la primera decisión administrativa, pero sin que haya culminado la actuación, por que esté pendiente la revisión por el superior ya sea por la vía del recurso de apelación o por otra causa, surgen dos hipótesis: 1a. Si la decisión del inferior fue en el sentido de ejecutar el precepto declarado inexecutable, el superior debe revocarlo, para acatar la sentencia y 2a. Si la decisión que se revisa denegó la ejecución solicitada, el superior debe confirmarla, pero con fundamento en la inexecutable que se deriva del fallo de inexecutable.

4a. En relación con las repercusiones que una sentencia de esta naturaleza pueda tener sobre un proceso contencioso administrativo provocado por pretensiones de simple nulidad, o de nulidad y restablecimiento del derecho, con ocasión de un acto administrativo que deniegue la ejecución de un precepto que fue declarado inexecutable durante la actuación administrativa o después de culminada ésta, bien sea antes de proponer la demanda, o en el curso del proceso y, en todo caso, antes de la sentencia definitiva, se le plantea al juzgador el siguiente problema, si la norma que se invoca como violada es la misma que se ha declarado inexecutable: como quiera que la declaración sobre una pretensión de nulidad es un juicio sobre la legalidad o ilegalidad de un acto de la administración por su conformidad o inconvención con una norma superior de derecho --y este juicio supone la confrontación de estos dos extremos, se precisa que los dos existan al tiempo de fallar: por manera que si el precepto que se dice violado ya no es susceptible, en absoluto, de ejecución o aplicación, por ministerio de la sentencia de inexecutable, ello significa que debe reputarse como inexistente: ha desaparecido entonces uno de los términos de la confrontación, que imposibilita jurídicamente y de manera también absoluta el juicio sobre la legalidad del acto acusado. Vale decir, en lenguaje procesal, que falta un presupuesto necesario para el pronunciamiento de mérito. Si la pretensión es de las llamadas de plena jurisdicción porque se pide el restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de nulidad, es claro que la imposibilidad de actuar la preten-

sión de nulidad impide también la decisión de mérito sobre la pretensión de restablecimiento del derecho; con mayor razón, si éste se hace consistir en forma que revistan el carácter de ejecución del precepto declarado inexecutable. Tal es el caso de autos, según la descripción que se hizo al iniciar las consideraciones de esta providencia.

El actor invoca también como violados el Artículo 27 del C.C. en cuanto el acto acusado desatendió el tenor literal del Artículo 23 del Decreto 970 de 1970. Se trata, pues de una ilegalidad condicionada a la supervivencia de ésta última disposición y, por ello, la Sala tampoco puede considerarla, si se tiene en cuenta el razonamiento que antecede.

La tercera norma que se dice violada es el Artículo 252 del C. de P.C. sobre el valor probatorio del documento público. Esta norma habría sido violada según el demandante porque en el acto acusado no se la tuvo en cuenta al apreciar las pruebas aportadas.

La existencia de la norma violada es presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito. En el caso de autos no concurre ese presupuesto por las razones ya expresadas, lo cual le impone al juzgador declararse inhibido para un pronunciamiento de mérito.

B. La teoría de la equiparación de efectos entre la sentencia de inexecutableidad y la declaratoria de nulidad.

La sentencia de inexecutableidad como la de nulidad hacen desaparecer el acto del mundo jurídico con un efecto absoluto hacia el futuro, de suerte que ha de reputársele como inexistente a partir del fallo. Hacia el pasado también debe reputársele como si no hubiere existido jamás, “más, como el acto inconstitucional ha podido producir efectos a pesar de que se le llame inexecutable, la sentencia que así lo declare debe, para ser consecuente con la verdad de los hechos y con los propósitos que con ella se persiguen, tener la misma generalidad que tendría una nueva Ley que consignase la disposición contraria a la inexecutable, ya que es imposible concebir que no haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó” (Estudio de Fernando Garavito citado por la Sala de Consulta del C. de E. Anales T. LXII números 387 a 391) “Cuando la desaparición del precepto tiene por base un fallo del órgano contralor de la integridad constitucional siendo éste declarativo en cuanto se limita a reconocer la existencia de un vicio nacido con la vigencia del acto demandado, sus efectos en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, con la excepción antes apuntada de aquéllos casos que hayan quedado cubiertos por el principio de la cosa juzgada” (Concepto del Consejo de Estado en referencia).

Si se examina el caso de autos a la luz de esta tesis resulta incuestionable:

1o. Que la inexistencia de la norma pretendidamente violada, en el momento de pronunciar el fallo que debe ponerle fin a la acción de plena jurisdicción, hace imposible la confrontación necesaria para verificar la nulidad pretendida por el actor, y 2o. Que como antes del pronunciamiento de inexequibilidad no se constituyó ninguna situación jurídica concreta en favor del demandante, pues la solicitud que se formuló a la Universidad para el otorgamiento del título con fundamento en la pretensión de cumplir los requisitos entonces vigentes, apenas podría estimarse como una mera expectativa, tampoco concurren los supuestos necesarios de la excepción al principio de los efectos anulatorios del fallo de inexequibilidad, en relación con el pasado.

En mérito de las razones expuestas el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, se declara inhibido para dictar sentencia de mérito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Carlos Galindo Pinilla

Alfonso Arango Henao

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario



DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Ciclos o periodos de tiempo al cabo de los cuales se causa. Bases para determinar el monto de la obligación que nace en cada ciclo fiscal. Formas de percepción del impuesto y tarifas aplicables. Vigencia de las variaciones en las tarifas para el cobro directo o para la retención, que se expidan antes de vencerse una anualidad gravable.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz

Ref: Expediente No. 2684

*Bogotá, D.E., catorce de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

La "Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., Sofasa", por intermedio de apoderado, demanda la declaración de nulidad del concepto rendido por el Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales mediante oficio número 17928 del 30 de julio de 1973 y que reza textualmente así:

"El impuesto nacional sobre la renta es un impuesto de período (Decreto 1651 de 1961 Artículo 1o., conc. L. 27/69 Artículo 7o.).

"El Artículo 2o. del Decreto número 437 de 1961 advierte que, "El año, período o ejercicio gravable o fiscal, es el mismo año

calendario que comienza el 1o. de enero y termina el 31 de diciembre”.

“La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 14 de junio de 1969 y julio 12 de 1971, ha dicho que mientras no haya transcurrido el ejercicio respectivo el Congreso tiene poderes para variar la cuota del impuesto en la forma, cuantía y extensión que estime conveniente.

“Por consiguiente, el Artículo 15 de la Ley 6a. de 1973 se aplica a partir del 1o. de enero de 1973, igual norma se aplica a dividendos, regalías, intereses etc. correspondientes a años anteriores al presente, pero abonados o pagados en 1973”.

Cabe aclarar que el concepto transcrito no es la simple opinión personal de un funcionario sobre el alcance de algunos preceptos tributarios sino la respuesta dada por el Jefe de la División Legal a la solicitud que le hizo el Jefe de la Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos en cuanto a que se le indicara a qué tasa debía cobrarse legalmente el impuesto sobre la renta en tratándose de pagos o abonos en cuenta. El acto acusado implica pues una instrucción general impartida por un funcionario a otro respecto a la forma de interpretar y de aplicar en casos concretos el nuevo régimen de la Ley 6a. de 1973 sobre retenciones de un impuesto en la fuente. Ello surge de la lectura de los documentos que obran a folios 4 y 5 del expediente.

Estima la demanda que el concepto impugnado quebranta los Artículos 30 de la Constitución, 52 del Código de Régimen Político y Municipal, 14 y 20 de la Ley 6a. de 1973 porque intenta darle efecto retroactivo al mencionado Artículo 14, en contra de lo dispuesto por los demás preceptos que invoca y según los cuales la nueva Ley no puede vulnerar los derechos adquiridos con anterioridad a su régimen, que solo comienza con su promulgación hecha en debida forma y desde el día en que la Ley indique o, en su defecto, dos meses después de promulgada.

En cuanto a la retroactividad de la Ley y al quebranto de derechos adquiridos, discurre así la demanda:

“Por consiguiente, el proceder administrativo contenido en el oficio acusado, quebranta de manera ostensible y evidente las normas del precepto constitucional aquí comentado. El Artículo 30 de la Constitución Nacional, recoge el principio de que la Ley rige para el futuro y que solo excepcionalmente, ésto es, en forma expresa, puede tener efecto retroactivo. El oficio de la División Legal de la Dirección de Impuestos Nacionales, viola dicha norma, habida consideración de que le impone efecto retroactivo a una disposición que excepción hecha del caso en ella previsto, solo y únicamente rige para el futuro. Por prescripción de los ordenamientos fiscales pertinentes, el hecho del pago o abono en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en

el exterior por concepto de regalías, intereses, asistencia técnica, etc., impone la obligación de retener el 12 o 20 por ciento del valor nominal del pago o abono. El hecho del pago o abono, coloca con respecto al fisco, al retenedor y al beneficiario con el pago o abono que provoca la retención en la relación jurídica indicada a continuación:

Con el retenedor, la obligación de cancelar el porcentaje previsto en la Ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el Artículo 11 de la Ley 38 de 1969, según el cual "la mora en la consignación del impuesto por parte de los retenedores ocasiona un recargo del dos y medio por ciento (2½) por cada mes o fracción de mes. "Y con el beneficiario, la relación deducida del hecho de que el pago o abono origina en su carácter y a favor del fisco, la obligación de pagar el porcentaje legal sobre el valor nominal del pago o abono.

"Dedúcese de lo anterior, que con anterioridad a la vigencia de la Ley 6a. de 1973, la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. "SOFASA", como retenedora y Renault Holding como beneficiaria, había adquirido el derecho de retener y pagar el 12% sobre las regalías abonadas en cuenta en los meses de enero, febrero y marzo de 1973. De manera que, la retroactividad aplicada por la División Legal de la Dirección de Impuestos Nacionales, no solo se opone a los preceptos del Artículo 30 de la Constitución Nacional, sino que también atenta contra la certeza, la seguridad y la confianza que debe realizar la vigencia de una Ley.

"El derecho moderno predica que el concepto de retroactividad "no puede hacerse en función de la tesis de los "derechos adquiridos" y las "simples expectativas", sino en razón de hechos jurídicos cumplidos y de consecuencias jurídicas nacidas o extinguidas bajo la Ley anterior". El abono en cuenta de las regalías causadas en los meses de enero, febrero y marzo de 1973, constituye un hecho jurídico cumplido causante de las relaciones jurídicas antes mencionadas. No es de derecho aplicarles a las mismas, normas que no estaban vigentes en el momento en que tuvieron origen".

Y respecto a los alcances y efectos prácticos del concepto impugnado, la demanda presentada al caso concreto de Sofasa en los siguientes párrafos:

"3. En cumplimiento de la orden que fluye del concepto de la División Legal de la Dirección de Impuestos, la Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, tomó como abono a buena cuenta del pago y no como pago definitivo, el pago de la retención del 12% efectuada por la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. "SOFASA", sobre las regalías abonadas en los meses de enero, febrero y marzo de 1973. El pago de la retención consta en recibo oficial No. 285407 del

5 de diciembre de 1973 y en él la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, hace constar:

“Rebido de “SOFASA” Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. “SOFASA” por concepto de *ABONO A BUENA CUENTA* retención fuente del 12% sobre \$1.015.415.98 a favor de Renault Holding por regalías a pagar en marzo 29 de 1973, según rel. adjunta”. (He subrayado).

“4. Con relación al pago de la retención correspondiente a las regalías abonadas en los meses de enero, febrero y marzo de 1973, certificado por el recibo No. 285407 del 5 de diciembre de 1973, la Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, exige se cancele el 8% restante para completar el 20%, en cumplimiento de la orden que se desprende del oficio No. 017928 del 30 de julio de 1973”.

Tramitando el juicio, la Fiscalía 3a. del Consejo, por intermedio del doctor Manuel J. Solanilla, conceptuó que debía anularse el acto acusado.

Dijo así la Fiscalía:

“En el caso *sub judice* el doctor Alvaro Vidales Varón ha demandado la nulidad del oficio No. 017928 de 30 de julio de 1973, originario de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto ella (sic) dispone que el Artículo 15 de la Ley 6a. de 2 de abril de 1973 se aplica a partir del 1o. de enero de 1973, inclusive a dividendos, regalías, intereses, etc. correspondientes a años anteriores al presente, pero abonados o pagados en 1973.

“El caso es que a la entidad demandante “SOFASA” S.A., la Administración de Impuestos Nacionales, con base en la circular (sic) demandada y en el Artículo 15 de la Ley 6a. de 1973, le está cobrando, por concepto de retención en la fuente a regalías pagadas a una compañía extranjera no residente en Colombia, un impuesto en cuantía superior al que regía en 1972, que fue cuando se causó.

“Y en sentir de la Fiscalía, el demandante tiene la razón, porque la circular (sic) y las pretensiones de la Administración de Impuestos exceden, en el tiempo, los términos del mandato contenido en el Artículo 15 de la Ley 6a. de 1973 al querer aplicar la tarifa del 20% que él establece a un gravamen causado con anterioridad a su vigencia.

“Y ello, desde luego, viola todas las normas existentes sobre irretroactividad de la Ley, que es más digna de acatamiento cuando la nueva Ley es desfavorable o hace más gravosa la situación del individuo.

“Ni en materia penal ni en materia tributaria la irretroactividad (sic) es admisible.

“Las doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia, citadas en el oficio acusado, son terminante: cuando dicen que “mientras no haya transcurrido el ejercicio respectivo el Congreso tiene poderes para variar la cuota del impuesto. . .”.

“A contrario *sensu*, la cuota del impuesto no se puede variar, ni menos aumentar, cuando el ejercicio ya pasó.

“En el caso que nos ocupa, “el año, período o ejercicio gravable o fiscal “corresponde al año de 1972 y, de conformidad con lo expuesto, no puede ser modificado, ni mucho menos aumentado, como lo pretende la Administración Nacional de Impuestos, por una Ley de 1973.

“La circular (sic) demandada viola ostensiblemente las normas superiores citadas por el actor y, en consecuencia, debe ser declarada nula por el Consejo”.

Conocidos como quedan los antecedentes del proceso, corresponde ahora a la Sala expresar los fundamentos de su decisión:

Para regularizar en forma metódica y clara las relaciones entre el fisco y quienes obtengan ingresos o posean bienes sujetos a pagar el impuesto sobre la renta y sus complementarios, sean nacionales o extranjeros, personas físicas o morales y residan o no dentro del territorio nacional, la Ley ha establecido ciclos o períodos de tiempo al cabo de los cuales se causa el impuesto derivado de la obtención de las rentas o de la posesión de los bienes gravables con dicho impuesto.

Tales períodos, conforme al Artículo 2o., inciso 2o., del Decreto 437 de 1961, generalmente coinciden con el año civil y sólo por excepción corresponden a lapsos menores. Pero en todo caso las obligaciones tributarias causadas en cada uno de aquellos ciclos y motivos de la respectiva liquidación y del ulterior cobro del gravamen al contribuyente son independientes entre sí, conforme lo estatuye el Artículo 30 del Decreto Ley 1651 de 1961.

Surge de allí que las bases para determinar cuantitativamente el monto de la obligación que nace en cada ciclo por obra de la relación jurídica tributaria que existe entre el fisco como acreedor y el contribuyente como deudor, tanto respecto de los ingresos o bienes gravables como en lo que atañe a las tarifas del impuesto aplicables, solo vienen a consolidarse al feneceer cada uno de los períodos tributarios en concreto.

Y así como a nadie pueden gravársele bienes que solo poseyó temporalmente y dejó de poseer antes de concluir el ciclo fiscal, tampoco podría aplicarse una nueva tarifa para liquidar el impuesto sobre rentas ya devenga-

dos por el contribuyente dentro de anualidad gravable ya expresada cuando se expidió y entró a regir esa nueva tarifa, salvo que ella resulte más benigna para aquel y que el legislador disponga de modo expreso su aplicabilidad hacia el pasado.

Los principios anteriores son predicables con igual propiedad tanto en la hipótesis donde el cálculo y el cobro del impuesto se fundamentan en la declaración de renta y patrimonio hecha y presentada por el propio contribuyente, que es la más acostumbrada dentro del régimen colombiano, como en la hipótesis en que el tributo a cargo del beneficiario de un pago o de un abono en cuenta es retenido en la fuente y consignado en las arcas oficiales por la persona que hace el pago o abono, sin que aquel beneficiario, si es extranjero domiciliado fuera de Colombia, tenga obligación distinta a la de sufrir esa retención, pues ella satisface a plenitud su deber tributario frente al fisco colombiano sin necesidad de presentar declaración de renta y patrimonio, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado.

Es entonces muy claro que así como a quien denuncia sus bienes e ingresos al expirar un período gravable debe liquidársele el gravamen de la tasa vigente para aquel período, al beneficiario de pagos o abonos gravables con el impuesto debe hacérsele la retención correspondiente con base en la tarifa que rija en el cielo fiscal en que el respectivo, abono o pago, se causaron o se hicieron exigibles para su beneficiario.

Pero como una y otra de las que acaban de enunciarse son formas de percepción fiscal del impuesto sobre la renta, es indiscutible, de acuerdo con lo que acaba de exponerse, que las variaciones en las tarifas para el cobro directo o para la retención que se expidan y que entren a regir antes de vencerse una anualidad gravable son aplicables a los ingresos logrados por todos los contribuyentes durante tal anualidad. Así se desprende del efecto general inmediato que tiene la Ley tributaria por ser de orden público, al hacer parte del Derecho Público de la Nación.

Y no puede pensarse que si una nueva tasa de retención en la fuente entra en vigor después de hechos algunos pagos o abonos en cuenta al contribuyente o beneficiario foráneo, es ilícito revisar el monto de lo retenido en ese entonces para ajustarlo a la tarifa que comenzó a regir dentro de la misma anualidad gravable en que los abonos o pagos constituyeron ingresos para tal beneficiario, por suponer que esa revisión equivale a darle efecto retroactivo a la Ley, desde luego que las bases para calcular la cuantía del tributo a cargo de cada contribuyente, sea cual fuere el sistema por el cual deba satisfacerlo, sólo vienen a consolidarse al expirar el respectivo período fiscal cuya individualidad respecto de los demás ciclos anteriores o posteriores a él está determinada por la Ley.

Aún más, si se entendiera que la retención hecha al realizar el pago o abono satisface definitivamente el impuesto respecto de ellos, vendría a

suceder que al beneficiario a quien se le hicieran el pago o abono en su favor en un solo contado y después de fenecida la respectiva anualidad gravable, le sería aplicable a la totalidad de su ingreso obtenido en ella la nueva tarifa que entró a regir durante esa anualidad, mientras que al beneficiario de ingresos iguales a los del anterior a quien se le hicieron varios pagos o abonos parciales en el curso del año le serían aplicables distintas tarifas de retención dentro de un mismo ciclo fiscal y resultaría gravado, por lo tanto, con impuesto inferior al satisfecho por el otro contribuyente con idéntica renta, situación que sería ilógica y contraria a la equidad, que debe ser siempre la guía cuando se trate de aplicar preceptos tributarios.

Si, conforme acaba de exponerse la situación jurídica del contribuyente frente al fisco viene a consolidarse en cuanto a las bases para la liquidación tanto privada como oficial del tributo, como condición necesaria de su exigibilidad en concreto si se trata del sistema ordinario de recaudarlo, o viene a consolidarse en cuanto al monto de la retención a cargo del beneficiario y de la responsabilidad consiguiente del retenedor frente al erario, dentro de este sistema especial de percepción, cuando en una y otra hipótesis ha terminado el respectivo período gravable, es evidente que todo intento de regular ciclos tributarios ya fenecidos por nuevos preceptos más onerosos que los antiguos y que sean posteriores a aquel fenecimiento, equivale a darle efectos y alcances retroactivos a la nueva Ley, que sólo ha de regir hacia el futuro conforme a nuestro ordenamiento constitucional, pues lo contrario sería tanto como desconocer situaciones jurídicas individuales, obligaciones en este caso, ya consolidadas por ministerio de la Ley en cabeza de sus titulares o responsables en concreto.

Si se adaptan las reflexiones anteriores al asunto *sub judice*, queda en claro que el concepto impugnado no es violatorio de ningún precepto en cuanto dice que la tasa de retención en la fuente establecida por el Artículo 15 de la Ley 6a. de 1973 es aplicable a los pagos y abonos en cuenta por los conceptos que el mismo Artículo menciona que se causen durante el año de 1973 y las posteriores anualidades fiscales mientras dure su vigencia.

Pero dejan en claro también que es contrario a la legalidad dicho concepto en cuanto predica que la nueva tarifa de retención fijada por el Artículo 15 de la Ley 6a. rige para los pagos o abonos en cuenta causados con anterioridad al año de 1973, es decir, cuando esa tarifa no existía aún. Habrá de anularse entonces la frase que reza "igual norma se aplica a dividendos, regalías, intereses etc. correspondientes a años anteriores al presente, pero abonados o pagados en 1973", contenida en el párrafo final del concepto.

Si el beneficiario del pago o abono sujeto a retención o el retenedor han demostrado que uno u otro se causaron en 1972 o en períodos fiscales que, como éste, ya habían expirado legalmente cuando entró a regir la

nueva tasa de retención fijada por los Artículos 14, 15 y 16 de la Ley 6a. de 1973, ninguna autoridad tributaria podría exigirle al retenedor, como intermediario forzoso para la satisfacción del impuesto por parte del beneficiario, que consignara en las arcas del Estado el valor de la retención sobre el abono en cuenta o pago hecho, calculándolo con base en la tarifa establecida en tales artículos, porque tal proceder será indiscutiblemente contrario al principio de la irretroactividad de la Ley, consagrado en nuestro derecho positivo como garantía para los gobernados.

Se impone pues acceder a lo pedido en el libelo, pero solo en cuanto atañe a la anulación del pasaje del concepto impugnado que acabó de transcribirse.

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

FALLA:

1o. Se declara nula la frase que dice "igual norma se aplica a dividendos, regalías, intereses, etc. correspondientes a años anteriores al presente, pero abonados o pagados en 1973", contenida en el concepto materia de impugnación en este juicio, que no se anula en el resto de su texto.

2o. Revalídese el papel común.

Cópiese, comuníquese al Señor Director General de Impuestos Nacionales, notifíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 12 de junio de mil novecientos setenta y cuatro.

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortíz Amaya

Con aclaración

Hernando Franco Rojas

Secretario

NOTA: La doctrina consagrada en esta sentencia, sobre consolidación anual de rentas, fue rectificada en sentencia de octubre 2 de 1974, en el sentido de que no hay lugar a dicha consolidación y por lo tanto, las variaciones en la tasa de liquidación del impuesto único con retención en la fuente, no son aplicables a los pagos o abonos en cuenta hechos con anterioridad a dicha variación.

Aclaración del Consejero Bernardo Ortíz Amaya a su voto en el fallo correspondiente al negocio No. 2684 de la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. "SOFASA".

El suscrito Consejero, se ve en la obligación de aclarar la razón de su voto favorable al fallo de la referencia, por cuanto no participa del criterio expuesto por el ponente en una porción apreciable de la parte motiva.

Sin embargo, como la parte resolutive se limitó a declarar la nulidad de la frase final del oficio acusado, participa de dicha decisión, si se tiene en cuenta que el primer párrafo del oficio, el segundo y el tercero solo contienen principios normativos y de interpretación relacionados con el régimen general y común del sistema impositivo de la renta, que por ser ciertos, no podían ser materia de anulación.

En lo que existe diferencia de criterio con el análisis de la ponencia y con el texto del oficio es en la consecuencia que éste último deriva de la exposición de los principios generales mencionados.

El suscrito Consejero sigue estimando, en concordancia con lo previsto por el literal g) del Artículo 1o. de la Ley 28 de 1967, por medio de la cual se autorizó al Gobierno para legislar en el campo tributario; y con la interpretación que al respecto hizo el propio Consejo de Estado, en diversos fallos, que reafirmaron la no obligación de presentar declaración de renta a las personas naturales no residentes en Colombia y a las Compañías o entidades extranjeras sin domicilio en el país, que para estos casos, el impuesto que debe ser retenido por las empresas que efectúan los pagos o abonos, no se causan por períodos anuales sino que causan, se liquidan, se retienen y se crea la obligación de ser consignados en la Administración de Hacienda correspondiente, en forma única y autónoma, para cada operación de pago o abono en cuenta.

No juega, por lo tanto, para estos casos, la consolidación anual de los recaudos que realicen los domiciliados fuera de Colombia y las sociedades o entidades extranjeras no domiciliadas en el país, precisamente, porque por vía de excepción a lo dispuesto en el Artículo 1o. del Decreto-Ley 1651 de 1961, modificado por el Artículo 7o., de la Ley 27 de 1969; a dichas personas o entidades, que se hallen en las condiciones previstas por los Artículos 27, 28 y 29 del Decreto-Ley 1366 de 1967, sustituidos por los Artículos 14, 15 y 16 de la Ley 6a. de 1973, se les sometió a un régimen especial, distinto del sistema general del impuesto de renta y complementarios, y, como consecuencia de ello se les eximió de la obligación de presentar declaración de renta, que es la exigencia lógica y natural del sistema de consolidación anual de los ingresos, para determinar el monto de las obligaciones tributarias.

Basta para ello, leer los textos pertinentes de: la Ley 28 de 1967; del Artículo 1o. del Decreto-Ley 1651 de 1961 o el Artículo 7o. de la Ley 27 de 1969 y los apartes de las providencias dictadas al respecto por el Consejo de Estado en las que se ratificó el criterio original de la Ley de someter a dichas personas y entidades al sistema de excepción de un "impuesto único con retención en la fuente".

Dicen así algunos apartes:

“Lo que el Decreto-Ley 1366 de 1967 ordena al respecto es que quien hace el pago debe retener el doce por ciento (12%) del valor nominal del mismo. Y que sólo se le aceptará la deducción, si acredita la consignación de lo retenido a título de impuesto sobre la renta.

“Sin duda alguna el legislador estimó que para personas extranjeras que reciban rentas sujetas a impuesto en Colombia cumplan con el deber de pagarlo, el sistema de retención en la fuente en la proporción y modo indicados es suficiente.” (sentencia del 30 de octubre de 1969. Expediente No. 1129. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.).

“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 dio 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 sustituido 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.”

Y más adelante:

“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.” (Sentencia del 4 de noviembre de 1971. Expedientes Nos. 1795 y 1801. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.) Bogotá, junio veinte (20) de 1974.

Bernardo Ortiz Amaya

CAPITULO CUARTO

Contratos Administrativos

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Quién o quiénes están legitimados para demandar su nulidad. De aceptarse la tesis de que la acción pública consagrada por el Artículo 66 C.C.A., o la de plena jurisdicción de que trata el Artículo 67 *ibídem*, puede ejercitarla "cualquiera", contra los contratos administrativos, no tendrían éstos ninguna firmeza, pues quedarían expuestos a interferencias de extraños al contrato, sin límite en el tiempo y cuán difícil sería encontrar quien quisiera contratar con la Administración.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz

*Bogotá, D.E., veinticinco de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

*Ref: Exp. No. 1498. Ordinario especial
Actor: Asociación Nal. de Profesores de Enseñanza Técnica*

Obrando por medio de apoderado especial y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el Artículo 66 del C.C.A., la ASOCIACION NACIONAL DE PROFESORES DE ENSEÑANZA TECNICA "ANDEPET", demandó la nulidad del contrato celebrado entre el señor Ministro de Educación Nacional, doctor Luis Carlos Galán Sarmiento en nombre y representación

de la Nación, y Jaime Sanfín Echeverry, en su carácter de Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, el día 26 de enero de 1971, cuyo texto se transcribe en el libelo.

Los hechos en que se fundamenta la acción pueden resumirse así:

1o. El día 26 de enero de 1971, se celebró un contrato entre La Nación por una parte, y la Universidad Pedagógica Nacional, que es "parte del Ministerio de Educación Nacional en virtud de los Decretos Leyes 3135 y 3157 de 1968";

2o. Según la cláusula primera del convenio antes mencionado, la Universidad adquirió la administración de la Escuelá Normal Superior Industrial Nacional de Zipaquirá;

3o. A pesar de ser el valor del contrato mayor de dos millones de pesos (\$2.000.000.00), no fue aprobado por el Consejo de Ministros, como lo ordena el Artículo 1o. del Decreto 3320 de 1963, ni fue revisado por el Consejo de Estado;

4o. Además de las fallas antes anotadas en la celebración y elaboración del contrato se incurrió en las siguientes:

a. Aunque se trataba de un convenio de prestación de servicios, no se efectuó la licitación pública que ordena el Artículo 8o. de la Ley 61 de 1921;

b. El contrato no contiene las causales de caducidad que ordena pactar el Artículo 254 del C.C.A.;

c. El contrato viola disposiciones legales vigentes sobre escalafón de trabajadores docentes y desconoce de hechos adquiridos y autoriza la revocación directa de actos administrativos que consagran derechos en favor de terceros;

d. Fue celebrado por un miembro del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica Nacional, como lo es el señor Ministro de Educación Nacional y por el Rector de la misma que "prácticamente ejecutó una orden del "Consejo Superior de acuerdo con el Acta 27 de diciembre de 1970"; y

5o. La inconveniencia del contrato ha sido planteada al señor Ministro de Educación Nacional por la demandante.

Como normas violadas citó el demandante los Artículos 1502, 1519 y 1602 del C. C.; 20 y 30 de la C. N.; 1o. del Decreto 3320 de 1963, 24 del

Decreto 2733 de 1959; 8o. Ley 61 de 1921, 242, 245, 246, 247, 248, 249, 250 y 252 del C.C.A. Igualmente, en el capítulo acerca del concepto de violación hace el apoderado de la actora un estudio de los elementos de validez del contrato para concluir que en su celebración se observan vicios en el consentimiento y falta de capacidad. Así mismo, después de analizar las disposiciones legales que cita como violadas, insiste en la no aprobación del convenio por el Consejo de Ministros, su no revisión por parte del Consejo de Estado, la falta de certificado de reserva de la Contraloría, la no inclusión de las causales de caducidad, la ausencia de licitación, la violación de los derechos adquiridos y la presencia de un objeto ilícito en el contrato.

Admitida la demanda y denegada la petición de suspensión provisional solicitada en el mismo, en providencia que no fue recurrida, se constituyó como parte impugnadora la Universidad Pedagógica Nacional, la que por medio de apoderado, solicitó la práctica de pruebas y al alegar de conclusión solicitó que se declarara probada la excepción de indebida acumulación de acciones, el rechazo del libelo por carecer de interés para demandar la actora y denegarse las súplicas del libelo.

Practicadas las pruebas y corridos los traslados a las partes para alegar, el señor Fiscal 1o. de la Corporación al emitir su concepto de fondo, con base en la jurisprudencia sentada por el Consejo en providencias anteriores, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda por falta de legitimación de la parte demandante.

Citadas las partes para sentencia y como no se encuentra causal de nulidad que invalide lo actuado corresponde a la Sala dictar la sentencia del caso para lo cual son pertinentes las siguientes

CONSIDERACIONES:

Antes de entrar a estudiar la excepción de indebida acumulación de acciones propuesta por el apoderado de la impugnadora y posteriormente si ella no prosperare analizar el fondo del negocio, es pertinente investigar si en el presente caso, como lo sostiene el señor Agente del Ministerio Público, la demandante carece de legitimación para demandar el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Universidad Pedagógica Nacional.

Además, es necesario observar que el Consejo es competente para conocer de la acción debido a que se trata de un contrato administrativo (interadministrativos como denomina la jurisprudencia y la doctrina los celebrados entre dos entes públicos), dado que, además contiene la cláusula exorbitante de caducidad.

En otras ocasiones ha dicho el Consejo, como lo anota el señor colaborador Fiscal, que la "acción pública de nulidad" consagrada en el Artículo 66

del C.C.A., reconocida a “toda persona”, no es procedente, respecto de los contratos o convenciones administrativas, porque una interpretación recta del mencionado precepto indica que dicha acción procede contra los actos “unilaterales” de la administración mencionados expresamente por los Artículos 62 a 65 *ibidem*, y no contra los actos “bilaterales” como los contratos, criterio que comparte la Sala, con las excepciones que más adelante se verán. El Decreto-Ley 528 de 1964 al adscribir a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los litigios relativos a los contratos administrativos, alude concretamente a “controversias” lo que quiere decir, en sentir de la Sala, que para acudir al contencioso administrativo impugnando un contrato, se requiere un interés concreto derivado de la situación específica de que es fuente el contrato, determinante de la legitimación procesal, o lo que es lo mismo, la acción de plena jurisdicción consagrada por el Artículo 67 *ibidem* no la pueden ejercitar sino las partes contratantes o quienes tengan un interés jurídico concreto con el objeto de hacer valer sus pretensiones, pues solamente el Ministerio Público puede ejercer la acción pública de nulidad conforme a la facultad que le confiere el Artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 “en el interés de la moral o de la Ley”, lo cual no excluye, según la misma disposición legal que el juez que conozca del litigio pueda de oficio declarar la nulidad absoluta “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”

Pues bien, en el caso de autos, se observa, por la sola lectura de la demanda, que la entidad demandante carece de legitimación para obrar, dado que no ha acudido al Consejo para hacer valer un derecho derivado del contrato, o desconocido a ella al celebrarlo, como sería su calidad de licitante con mejor derecho. No, la Asociación de Profesores de Enseñanza Técnica, además de expresar que hace uso de la acción que tienen todas las personas para proteger y buscar el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por un acto del Gobierno, la única posible razón que aduce para demandar el contrato es la de que viola presuntos derechos de terceros los maestros, quienes no aparecen vinculados en forma alguna al contrato por lo que no hay lugar a que se susciten “controversias” respecto del contrato impugnado. Es verdad que el Artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 agrega, refiriéndose a la nulidad absoluta de los contratos, que “puede alegarse por todo el que tenga *interés* en ello”, frase que no puede interpretarse en sentido distinto al de que solamente el que tenga “*interés*”, no el simple de la guarda de la legalidad o del orden jurídico, sino uno personal, concreto derivado del contrato, es quien puede alegarla.

En resumen, no encuentra el Consejo interés jurídico concreto de la entidad actora para demandar la nulidad del contrato celebrado entre la Nación y la Universidad Pedagógica Nacional. De aceptarse la tesis de que la acción pública de nulidad consagrada por el Artículo 66 del C.C.A. o la de plena jurisdicción de que trata el Artículo 67 *ibidem* puede ejercitarla

“cualquiera”, contra los contratos administrativos, no tendrían éstos ninguna firmeza pues quedarían expuestos a interferencias de extraños al contrato sin límite en el tiempo, y cuán difícil sería encontrar quien quisiera contratar con la administración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y oído el concepto de su colaborador Fiscal, y de acuerdo con él,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y revalídese el papel común. Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día catorce (14) de febrero de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

Carlos Portocarrero Mutis

Oswaldo Abello Noguera

Alfonso Castilla Sáiz

Gabriel Rojas Arbeláez

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Las controversias contractuales a que se refiere el Decreto 528 de 1964, no pueden surgir sino entre los contratantes y, por ende, la personería para adelantarlas solo la tienen las partes en el contrato o sus causahabientes legítimos

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez

*Bogotá, D.E., catorce de marzo
de mil novecientos setenta y cuatro.*

*Ref.: Expediente No. 1515
Actor: Dr. César Castro Perdomo*

En demanda presentada en la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado, el día 16 de agosto de 1971, y que fue admitida por auto del 14 de octubre siguiente, el Dr. César Castro Perdomo diciendo obrar en defensa del orden jurídico y en ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 66 del C.C.A., pidió declarar nulo el contrato suscrito entre el Gerente de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y la Hilton International Co., el 31 de julio de 1970, lo mismo que las Actas Nos. 005 y 006 de 9 y 25 de junio del mismo año, correspondientes a las sesiones

celebradas por la Junta Directiva de la Caja en tales fechas, y que dan cuenta de la autorización dada al Gerente para celebrar el citado contrato

La Sección Primera estimó, cuando faltaba solo correr los traslados para alegar, que el conocimiento del juicio debía corresponder a esta Sección, y por esto, mediante providencia del 17 de Agosto de 1973 ordenó la remisión de los autos.

HECHOS ALEGADOS POR EL ACTOR

Para fundamentar sus peticiones el demandante, bajo el título “Hechos y Omisiones Fundamentales de la Acción” expresó lo siguiente:

“10. La Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en sus sesiones de los días 8 y 25 de junio de 1970 que constan en las Actas Nos. 005 y 006 dispuso aprobar la minuta del contrato de arrendamiento entre esa Caja y la Hilton International Co. sobre el nuevo edificio que posee aquella entidad en la Capital de la República.

“Más tarde, el 30 de junio de 1970, entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público de Colombia de conformidad con la legislación vigente, y la Hilton International Co. que es una sociedad extranjera constituida conforme a las Leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, y domiciliada en Nueva York, Waldorf Astoria Hotel, 301, Park Avenue New York, se celebró un contrato administrativo cuyas bases pueden sintetizarse así:

“La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nal. de Colombia se comprometió a entregar a título de arrendamiento a la Hilton el edificio de su propiedad de la carrera 7a. No. 32-04 a 32-32 de Bogotá, D.E., con destino al funcionamiento del Hotel Bogotá-Hilton, y se obligó también a construir para aquella cadena hotelera el lote de terreno distinguido con los Nos. 32-44 a 32-96 de la misma carrera 7a. y además fue propósito de la citada Caja obtener los servicios de la Hilton en el planeamiento de la terminación de la actual construcción, y se comprometió a adelantar la nueva obra contigua bajo especiales planes arquitectónicos sujetos a la aspiración de la Hilton.

La Hilton se comprometió a prestar su asistencia técnica en el acondicionamiento y terminación de la actual construcción, a cambio de 25 mil dólares que la pagaría la Caja. Igualmente se comprometió la Caja a adelantar a la Hilton un fondo para los costos y gastos respec-

tivos. Se calculó el monto de ese Fondo y cuándo daría cuenta la Hilton de aquellos gastos a la Caja y cómo se haría si aquel Fondo no alcanzare para cubrirlos completos.

“Se convino en que ambas partes acordarían la fecha de la apertura del Bogotá-Hilton.

“Luego la Caja manifiesta su voluntad de dar en arrendamiento por 20 años el edificio ya anotado pero contados después de la terminación del nuevo edificio contiguo y su incorporación a la operación Hilton International Co. dándole facultades a la Hilton para retirarse del negocio si el nuevo hotel no se terminare pronto.

“La Hilton se comprometió a destinar los edificios para operación hotelera y se dejaron bajo su exclusivo criterio todos los contratos y hasta las facultades absolutas en la operación del mismo. Se prohibió a la Caja intervenir en las operaciones contables de la Hilton. Para saber cuanto vale el contrato anualmente se estimó la cuantía en el 66-2/3% de la utilidad bruta de las operaciones industriales. Se convinieron otros pagos adicionales a cargo de la Caja, la forma de llevar los libros y registros, y la manera como se estimaría la utilidad bruta de la operación. Se facultó a la Hilton para ir deduciendo una partida para provisión y reposición de equipos de operación y uniforme, otra para reservas y adiciones del mobiliario, otra para prestaciones sociales, otra para reparaciones y cambios, otra para reparación y mantenimiento, y otras alteraciones.

“Se dejó al cuidado de la Hilton la confección de inventarios de apertura de capital de trabajo, y la Caja se obligó a comprar al terminarse el contrato, los inventarios de alimentos y bebidas y se comprometió la Hilton a proporcionar servicios de grupo y beneficio a través de sus filiales internacionales. Se le dió a la Caja una tímida autorización para inspeccionar las dependencias de la Hilton para solicitar extractos de cuentas, balances e inventarios cuando la Caja lo considere conveniente. Se convinieron reportes de Hilton a la Caja sobre estado de pérdidas y ganancias. Se hizo cargo la Caja de los seguros de los edificios y de su dotación y la Hilton se hizo cargo de otros. Se previó el caso de daño y destrucción del hotel y de expropiación, y del derecho de la Caja de hacer cumplir ciertos derechos, obligaciones y reembolsos.

“Las partes previeron cuáles eran los casos de incumplimiento, cuál el nombre comercial del Hotel que sería Bogotá-Hilton, advirtiéndose que el nombre nunca podría ser de propiedad de la Caja. Se pactó arbitraje por las diferencias que surgieran del contrato entre ambas partes pero sobre las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Se le dio opción a la Hilton de obtener 30 años de prórroga, distintos de los 20 originales. Se previó que la Hilton podría ceder el contrato y que en cambio no lo podría hacer la Caja salvo que la Hilton lo aceptara expresamente. Se pactó sobre los sucesores y cesionarios del contrato. Se estipuló cuál será la Ley aplicable. Finalmente se establecieron unas cláusulas sobre ratificación del contrato por parte de la Hilton International Co., otras sobre que la Caja permitiría al personal extranjero necesario para el Hotel, residir en Colombia y girarle los dólares al extranjero, y que se comprometería a obtenerle a ese personal giros oficiales de los dólares respectivos. Fue prevista la caducidad contractual. Se estipularon disposiciones generales como la de que la Caja no podría operar directa o indirectamente otro Hotel en la Sabana de Bogotá. Se pactó la devolución de los bienes dados en arrendamiento en buen estado a la Caja, salvo el deterioro natural, al vencerse el contrato.

“2. En la formalización del contrato impugnado se violó la Ley colombiana porque se prescindió de licitación pública siendo obligatoria; porque se pactó arrendamiento por un tiempo superior al permitido que es de 5 años; porque no se incluyó cláusula penal contractual; porque no se hizo obligatoria cláusula de garantía de cumplimiento para la Hilton; porque tampoco se incluyó la cláusula sobre reclamación diplomática; y porque no se obtuvo la aprobación del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público de Colombia.

“3. En aquel contrato se violó la Constitución porque siendo el señor Presidente de la República el representante constitucional del Estado Colombiano para obligarlo en los contratos administrativos, junto con el Ministro respectivo, sin embargo, el contrato no está aprobado por el Presidente y su Ministro de Defensa Nacional y sin que el señor Gerente de aquella Caja pueda recibir delegación constitucional del Presidente para celebrar el contrato.

“4o. El convenio acusado lesiona el patrimonio estatal por la forma ingenua como fueron aceptadas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la mayoría de las cláusulas al suscribirlo ya que no exigió casi nada para ella y en cambio la que salió favorecida fue la Hilton International Co. de Estados Unidos.

“5o. Al presentar esta acción solo me mueve la defensa del orden jurídico de Colombia violado con la vigencia del acto acusado y el deseo de que la negociación se ciña a la Constitución y Leyes de Colombia para que el Capital extranjero tenga seguridad en su inversión”.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Se citaron en la demanda como disposiciones violadas los Artículos 9, 10 y 42 del Código Fiscal, el 32 del Decreto 1050 de 1968, el 1o. del Decreto

No. 3320 de 1963, en su integridad el Decreto Legislativo No. 2 de 1906, y el Artículo 4o. de la Ley 53 de 1909.

En concepto del demandante las violaciones del Código Fiscal consistieron en haber prescindido del procedimiento de la licitación para dar en arriendo el inmueble perteneciente a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, ubicado en esta ciudad, en la carrera 7a., y distinguido con los números de 32-04 a 32-32; en arrendar o por más de cinco años; en eximir al arrendatario de la fianza de cumplimiento de sus obligaciones, y en no haberse estipulado que la Compañía contratante, como entidad extranjera, se sometería a la jurisdicción de los Tribunales Colombianos.

En relación con el Artículo 32 del Decreto Extraordinario No. 1050 de 1968, la violación consistiría en la omisión de las cláusulas sobre caducidad, constitución de garantía para responder la Compañía del cumplimiento de lo pactado, y de renuncia a la reclamación diplomática.

Se consideró por el demandante que el Decreto Legislativo No. 2 de 1906 fue violado por cuanto la "Hilton International Co." sociedad extranjera, no protocolizó el documento de su fundación dentro del término que ese Decreto señaló, ni nombró un representante en el lugar asiento principal de sus negocios, según lo ordenado en el Artículo 2o., o sea que inició y adelantó sus negocios con desconocimiento de lo preceptuado en la Ley Colombiana.

Por último, dijo el demandante, el no haberse estipulado precisamente una cláusula penal pecuniaria para el caso en que la Cfa. contratante faltare al cumplimiento del contrato, por su culpa, se quebrantó el Artículo 4o. de la Ley 53 de 1909, que prescribe esa estipulación.

CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Al alegar de conclusión, el señor Fiscal Segundo, Dr. Gilberto Gartner Posada, expresa su parecer de que se debe declarar probada la excepción de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, por cuanto el actor, que es persona ajena a las partes contratantes, no tenía personería para instaurar la acción.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Los "actos" a que se refieren, tanto el ordinal 10o. del Artículo 34, como los Artículos 62 a 67 de la Ley 167 de 1941, son los específicamente administrativos, es decir, aquellos que surgen unilateralmente de la administración, y que están impregnados por la esencia del poder público. Lo mismo se puede decir de las "decisiones" a que alude el Artículo 20 del Decreto-Ley

528 de 1964. Y como un contrato es substancialmente lo contrario de un acto administrativo, desde luego que este, aún siendo complejo, es la expresión de una voluntad, y que aquél es la expresión de, por lo menos, dos voluntades que han llegado a producirla, no por medio de la imposición sino del acuerdo, y no para surtir efectos *erga omnes* o contra terceros, sino entre partes, lo que se dice de los actos en relación con el sujeto que puede controvertirlos, no puede decirse de los contratos.

Nuestra legislación otorga acción a los particulares para controvertir la legalidad de las decisiones ejecutorias. Pero, en cuanto a los contratos que, aún siendo administrativos no pierden por esto el carácter fundamental de pactos o convenciones, los particulares no tienen allí ingerencia alguna. La Ley da aquí aplicación al principio: "*Rex inter alios acta allis prae judicare non potest*". Aquello a que algunos se obligan no tienen por qué perjudicar a otros.

Con la vigencia del Decreto 528 de 1964 la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo adquirió competencia para conocer "De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de \$100.000.00". Pero el tránsito de jurisdicción que para tal género de contenciones se verificó por ese Decreto, no abrió el campo a la acción pública, que tampoco existía cuando el competente era el juez ordinario.

En el orden racional de las cosas, las *controversias* contractuales, que son las contempladas en el Decreto, no pueden surgir sino entre quienes han formalizado el contrato, esto es, entre los contratantes, que son los que tienen interés en la observancia de lo pactado, y a quienes puede afectar su comportamiento recíproco. Por esto la personería para adelantar esas controversias solo la tienen las partes en el contrato o sus causahabientes legítimos.

Precisamente, porque substancialmente se contraponen, son inidentificables los actos y los contratos, lo mismo que las acciones originadas para los particulares de estos o de aquellos.

En el presente caso el actor no es parte contratante, ni aparece demostrado, y ni siquiera alegado, que hubiera adquirido derechos de alguno de los estipulantes en el contrato cuya nulidad ha pedido, y que por lo mismo tenga un interés directo emanado de la convención.

Por otra parte, como lo dijo esta Sección en anterior fallo con ponencia del señor Consejero Dr. Castilla Sáiz y como lo han expresado otras Secciones, es al Ministerio Público a quien corresponde, alegar las nulidades contractuales, en salvaguarda del orden jurídico general.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase probada en este juicio la excepción de INCAPACIDAD DEL ACTOR PARA SER PARTE.

Cópiese. Notifíquese.

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

Oswaldo Abello Noguera

Alfonso Castilla Sáiz

Víctos M. Villaquirán M.
Secre'ario

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día catorce de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

TITULO II

Orden Departamental

CAPITULO UNICO

*Actos de las Autoridades Administrativas
del Orden Departamental*

GOBERNACION DEL MAGDALENA

MUNICIPIOS. Su representación e intervención en los juicios administrativos en que tengan interés directo o indirecto. Notificación y comunicación de las demandas al Personero Municipal.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

*Bogotá, D.E., siete de marzo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera

Ref.: Apelación de la sentencia de 19 de Junio de 1971 del Tribunal Administrativo del Magdalena sobre nulidad de la Resolución No. 208 de 4 de Abril de 1966, expedida por el Gobernador del Departamento del Magdalena.

Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Radicación No. 1419

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, visible a folios 2 a 9 de este proceso agrario, por el doctor Luis

Alberto Rosas Uribe, obrando en nombre y representación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Ircora), solicita que previa citación del señor Agente del Ministerio Público y de los señores Onofre García y Dennys Lozano A., mayores y vecinos de Santa Marta, se declare la nulidad de la Resolución número 208 expedida por la Gobernación del Departamento del Magdalena de fecha 4 de abril de 1956, mediante la cual se adjudicó a las personas anteriormente nombradas e inmueble denominado "La Calera", ubicado en el Municipio de Santa Marta.

HECHOS:

1. Los adjudicatarios García Cabas y Lozano A., solicitaron de la Gobernación del Magdalena, por intermedio de la Alcaldía Municipal de Santa Marta, la adjudicación de un predio denominado "La Calera", ubicado en este Municipio.

2. La Gobernación del Magdalena, en uso de la delegación conferida por la Resolución No. 17 del 9 de abril de 1962, originaria de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, expidió la Resolución cuya nulidad demando, el 4 de abril de 1966.

3. El predio adjudicado se encuentra dentro de la zona urbana del Municipio de Santa Marta.

4. A pesar de que se indica en la misma Resolución impugnada que el inmueble adjudicado colinda con baldíos, la adjudicación se hizo por cinco Hectáreas y cinco mil setecientos cincuenta metros cuadrados (5 Hts. y 5.750 M²).

5. Personas distintas de los adjudicatarios estaban en posesión de parte del inmueble, con anterioridad a la fecha de la Resolución de adjudicación.

6. En los terrenos adjudicados no ha existido explotación con cultivos dadas sus condiciones topográficas.

Como normas superiores de derecho violadas, se señalan las siguientes:

La Ley 98 de 1928, en su Artículo 7o.; la Ley 137 de 1959, especialmente en sus Artículos 4o., 5o. y 7o.; el Decreto 1943 de 1960; el Artículo 9o. de la Ley 97 de 1946; el Artículo 29 de la Ley 135 de 1961, inciso segundo;

Los autos han venido al Consejo de Estado en virtud de la alzada promovida por el señor Agente del Ministerio Público, y la segunda instancia se ha rituado conforme a la Ley procedimental.

Mediante auto de ocho de febrero del año pasado la Sala ordenó, antes de tomar una decisión sobre el caso en estudio, que se solicitara a la Alcaldía de Santa Marta copia auténtica del Decreto No. 20 de 5 de Marzo de 1965 “por el cual se amplía el perímetro urbano de la ciudad de Santa Marta, dictado por la Alcaldía Mayor de dicho Municipio”. El Tribunal Administrativo del Magdalena dió cumplimiento a la comisión que se le confirió y así, en el expediente se encuentra el Decreto referido.

Pero como la Sala observare una causal de nulidad por razón de que los predios materia de la *litis* son propiedad del Municipio de Santa Marta y el señor Personero Municipal no fué notificado de la demanda, ordenó poner en conocimiento de dicho funcionario municipal la mencionada causal.

SE CONSIDERA:

En los autos se evidencia, folio 84 vto., que el señor Personero Municipal de Santa Marta al ponérsele en conocimiento la causal de nulidad referida guardó silencio.

El Artículo 20 de la Ley 167 de 1941, inciso 2o., dice: “En los juicios administrativos en que tenga interés un Municipio, será este parte, representado por el Personero respectivo, el cual se hará intervenir desde la primera providencia que se dicte ordenando que se haga la notificación al respecto”.

Salta a la vista que la norma transcrita anteriormente es de carácter imperativo. Teniendo interés en un determinado juicio un Municipio, es decir, un interés particular, propio de esa entidad, debe necesariamente ser notificado desde la primera providencia. En estos casos debe decirse que la intervención del Municipio no es facultativa simplemente como ocurre cuando se demanda, verbigracia, un acto administrativo de carácter general que atañe por igual a todos los Municipios o por lo menos a los de un Departamento, o cuando se demanda la anulación de un acto del orden municipal, pero cuya nulidad en nada afecta los intereses particulares del Municipio. Por tanto, cuando la intervención es meramente facultativa, el Municipio o la entidad de derecho público respectiva puede hacerse parte en el juicio cuando quiera, o bien puede prescindir de ello, pero como se dijo anteriormente, en el caso en estudio el Municipio de Santa Marta tenía interés particular en este proceso agrario y por ello, ha debido notificarse, por ser imperativa la normación referida, al señor Personero Municipal.

Dice el Artículo 113 del C.C.A.: “En los procedimientos ante lo contencioso administrativo hay nulidad en los casos siguientes: 3o. “Por falta de notificación, en forma legal, de cualquiera de las partes”. Como el Municipio de Santa Marta, imperativamente debía ser parte en este juicio, tenía que notificársele en forma legal la demanda a su Personero. Y como aparece de

autos que no solamente no se le notificó personalmente la demanda, sino que ninguna otra providencia del juicio le fue puesta en su conocimiento y, además, cómo al ponerse en su conocimiento la causal de nulidad al Sr. Personero Municipal guardó silencio, la actuación está viciada de nulidad desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:

RESUELVE:

Declárase nulo todo lo actuado en este juicio desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

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

Carlos Portocarrero Mutis

Oswaldo Abello Noguera

Alfonso Castilla Sáiz

Gabriel Rojas Arbeláez

Víctor M. Vi laquirán M.
Secretario

Se deja constancia que el anterior proyecto fue leído, discutido y aprobado por la Sección Tercera en sesión celebrada los días 28 de febrero y 7 de marzo de 1974.

Víctor M. Vi laquirán M.
Secretario

UNIVERSIDAD DEL CAUCA

CAMARAS DE COMERCIO. Su origen histórico. Naturaleza jurídica.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

- *Bogotá, D.E. veintidos de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán

Exp. No. 1722

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción que consagra el Artículo 67 del C.C.A. el señor CESAR DULCEY LEDEZMA solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca que hiciera las siguientes declaraciones:

“Primera. Carece de eficacia legal la Resolución administrativa No. doce (12) de veintiseis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) por medio de la cual la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA, le negó al señor CESAR DULCEY LEDEZMA, mayor y vecino de Popayán, ex-servidor de dicho establecimiento docente, una PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION, por considerar que en el lapso en que trabajó en la CAMARA DE COMERCIO DEL CAUCA como empleado de esta

entidad de servicio público, no tenía el carácter de *empleado oficial* sino *particular*.

“*Segunda.* Como consecuencia de la declaración anterior, la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, reconocerá y pagará al Sr. CESAR DULCEY LEDEZMA, de las condiciones civiles anotadas, una PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION en concurrencia con las otras entidades de derecho público en donde el demandante prestó sus servicios— a partir del 1o. de AGOSTO DE 1967, fecha en que quedó en desempleo, cuando ya había cumplido más de cincuenta (50) años de edad y veinte (20) de servicio, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de sueldos devengados en el último año, con inclusión de la doceava parte de la prima de navidad (Artículo 4o. Ley 4a. de 1966);

“*Tercera.* Comuníquese a la UNIVERSIDAD DEL CAUCA lo aquí resuelto, enviándole copia íntegra de la sentencia (Artículo 132 C.C.A.)”.

Partió el demandante de la base de que las Cámaras de Comercio son entidades oficiales y que por tanto sus servicios prestados en la del Cauca son acumulables al tiempo servido en la Universidad de aquél Departamento y anteriormente en el Servicio de Salud de la misma Sección a fin de completar así los veinte años requeridos para tener derecho a pensión de jubilación.

Al término de la instancia, el Tribunal en sentencia de 18 de abril de 1969 negó las peticiones de la demanda por considerar, en síntesis:

“1. La Cámara de Comercio del Cauca es una entidad de carácter privado, que cumple servicios públicos en beneficio del comercio;

“2. Los actos llevados a cabo por la Cámara en sus relaciones con el Estado para la prestación del servicio, son de carácter público;

“3. Los actos de la Cámara en cuanto se relacionan con su organización interna y con sus relaciones concernientes a sus afiliados y a terceras personas, son de carácter privado, “realizados a nombre de ella misma y no a nombre de la Nación ni por cuenta de ella” y

“4. El vínculo que une a los empleados que enajenan su fuerza de trabajo en dicha institución es de carácter privado y, por consiguiente, el tiempo servido en ella, legalmente no se puede acumular, para efectos de la pensión, al tiempo de servicio prestado al Estado o a un Instituto Descentralizado o a un Establecimiento Público”.

Por apelación que interpuso la parte actora el negocio ha venido al conocimiento del Consejo de Estado.

El recurso recibió el trámite legal correspondiente y como no se acogiera el proyecto de sentencia redactado por el Consejero sustanciador ha pasado el proceso al que sigue en turno para ponencia definitiva de acuerdo con el pensamiento de la mayoría de la Sala.

AL EFECTO SE CONSIDERA:

—I—

La prestación de que se trata fue solicitada a la Caja de Previsión de la Universidad del Cauca, institución ésta a la que prestó sus servicios el demandante últimamente, del 16 de julio de 1962 al 31 del mismo mes de 1967.

Al servicio de Salud del Cauca estuvo vinculado con anterioridad, y, precisamente, de 1942 a 1955, a la Cámara de Comercio de Popayán. Su empleo allí fue el de Tesorero-escribiente.

Serían efectivamente, más de 20 años de servicios; y como de otra parte el señor Dulcey nació en 1908, se reunirían así los requisitos necesarios para recibir la prestación que pretende.

—II—

Sin embargo, el tiempo servido en la Cámara de Comercio del Cauca no es acumulable para dichos efectos.

En esto se manifiesta de acuerdo la Fiscalía 4a. de la Corporación en su vista de fondo, que termina con la solicitud de que se confirme lo resuelto por el Tribunal. No estima la colaboradora fiscal que pueda afirmarse, de manera rotunda, que las Cámaras de Comercio “tienen el carácter de entidades estrictamente oficiales” y abunda en razones a este respecto.

El actor en su alegato de esta instancia termina calificándolas como verdaderos establecimientos públicos. En la demanda afirma que no cabe duda de que los integrantes de las Cámaras de Comercio “junto con los empleados subalternos (como en su caso), prestan un servicio público oficial, en manera alguna de carácter particular, como erróneamente se ha interpretado hasta ahora”.

Insiste, particularmente, en que el Artículo 1o. del Decreto 1890 de 1931 definió las Cámaras de Comercio como “entidades oficiales”, y en que “sus

miembros se consideran como Magistrados o funcionarios públicos” según el criterio establecido en el C. de Régimen Político y Municipal. Encuentra que todas las normas legales que cita se complementan en apoyo de sus pretensiones con los de la Ley 151 de 1959, el Decreto 2127 de 1945 y los Decretos 1050 y 3135 de 1968.

O sea que para el demandante los propios Decretos sobre reforma administrativa confirman su tesis de que las Cámaras de Comercio son establecimientos públicos.

Empieza la Sala por observar:

a) Ciertamente el Decreto 1890 de 1931 llamó entidades oficiales a las Cámaras de Comercio. Pero como fue reglamentario de la Ley 28 sobre dichas entidades y en esta última no se consignó calificación semejante, hay que concluir que en ese punto rebasó la Ley reglamentada y no es atendible para los fines de que se trata.

b) También el Decreto 1890 en el Artículo 1o. considera a los miembros de las cámaras de Comercio “como Magistrado o funcionarios públicos, según el caso”, para todo lo relacionado con el ejercicio de las funciones que les confiere la Ley, sus obligaciones y responsabilidades.

Mas si se recuerda que la Ley 28 de 1931 identificaba las Cámaras de Comercio con sus directivas, puesto que decía “Cada Cámara de Comercio deberá constar de no menos de nueve miembros principales ni más de quince” (Artículo 4o.), fácilmente se advierte que aquel concepto de “magistrados o funcionarios” nunca pudo englobar a los empleados subalternos que no eran siquiera miembros de ellas, como fue el caso del actor.

c) La Ley 28 de 1931 dijo apenas que las Cámaras de Comercio “son instituciones de orden legal”.

Otra expresión que se presta a su confusión:

“Instituciones de orden legal” —entiende esta Sala— no en el sentido de oficializarlas o incorporarlas a la Administración Pública, que no fue lo que se propuso la Ley. “De orden legal”, solamente para que quedara claro que escapan a la libre estipulación de los comerciantes interesados y que deberán regirse por lo dispuesto en la Ley en cuanto a su organización y funcionamiento.

—II—

Históricamente es bien conocido el origen de las Cámaras de Comercio. Se remonta a las asociaciones de Comerciantes de la Edad Media que para la

época de la revolución francesa habían alcanzado grande auge y que como consecuencia de ese movimiento ideológico sufrieron considerable eclipse.

Resurgieron con posterioridad y a lo largo del último siglo se desarrollaron extendiéndose a los diferentes países. Siempre con la característica principal de ser organizaciones de los comerciantes destinadas a velar y propender por los intereses del gremio. Esto al lado de ciertas funciones de fomento. Pero predominando el aspecto gremial.

La controversia acerca de la naturaleza de las Cámaras de Comercio no es de ahora. Por razón de sus varias funciones pues también han llegado a asumir funciones administrativas se ha discutido si tienen carácter exclusivamente gremial o si alcanzan la categoría de organismos oficiales.

Descartado que pueda tenérseles como simples dependencias oficiales, si algo fueren dentro de la clasificación de nuestras entidades descentralizadas, estos organismos dotados de personería jurídica corresponderían al tipo del establecimiento público y podría tener razón el actor.

Pero, también si algo ha quedado claro a partir de la expedición del Código de Comercio o Decreto 410 de 1971, es precisamente que no tiene esa calidad.

En efecto: no obstante haberseles querido atribuir aquel carácter por algunos miembros de la Comisión Revisora y no obstante también que al Gobierno se le hizo llegar esa inquietud queriendo provocar una definición del punto, las cosas no se cumplieron así.

Sabido es que la Ley 16 de 1968, Artículo 20, Ordinal 15, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias “para que previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia el proyecto de Ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional”. Tratábase del proyecto del año de 1958.

La Comisión se integró el mismo año de 1968 y en 1971, dividida, rindió informe de sus labores

Una parte de sus integrantes propuso:

“Las Cámaras de Comercio serán establecimientos públicos, creados directamente por el Gobierno Nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hubieren de operar...”

Otra parte menos autorizada de la Comisión fue partidaria de definir las así:

“Las Cámaras de Comercio están integradas por los comerciantes inscritos en ellas, serán asociaciones de carácter gremial creadas directamente por el Gobierno Nacional, tendrán personería jurídica y serán representadas por su respectivo Presidente”.

El Presidente de la República que como se ha visto estaba autorizado “para expedir y poner en vigencia el proyecto en discusión, ante la disparidad optó por dejar las cosas como estaban en la legislación precedente y repitió en el texto definitivo del Decreto 410 de 1971 la expresión “instituciones de orden legal” empleada por la Ley 28 de 1931 para definir las Cámaras de Comercio.

“Instituciones de orden legal” —entiende esta Sala— no en el sentido de oficializarlas o incorporarlas a la Administración Pública, que no fue lo que se propuso la Ley. “De orden legal”, solamente para que quedara claro que escapan a la libre estipulación de los comerciantes interesados y que deberán regirse por lo dispuesto en la Ley en cuanto a su organización y funcionamiento.

Todo indica que se procedió así por no creerse indispensable al mejor funcionamiento de las Cámaras de Comercio el instituir las como establecimientos públicos. Aun más: no se creyó facultado el Presidente para hacerlo por corresponder la creación de establecimientos públicos al legislador ordinario de acuerdo con la Constitución

No cabe pues duda de que conforme a la historia de su establecimiento el Código de Comercio excluye que pueda tenerse a las Cámaras de Comercio como establecimientos públicos.

—IV—

Abundando en esto de la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio la Sala reproduce a continuación conceptos sobre el particular del profesor Jaime Vidal Perdomo.

“Estudiaremos las funciones de las Cámaras de Comercio conforme a la Ley 26 de 1931, la evolución jurídica en cuanto a personas jurídicas, si pueden ser llamados establecimientos públicos de acuerdo con lo que el derecho colombiano entiende como tal y la forma como las contempla el nuevo Código de Comercio contenido en el Decreto extraordinario 410 del 27 de marzo de 1971 hasta el momento no publicado en el Diario Oficial.

“A. Funciones de las Cámaras de Comercio de acuerdo con la Ley 28 de 1931.

“La Ley 28 de 1931 autorizó al gobierno para crear cámaras de Comercio en los centros comerciales o industriales importantes, cuando lo juzgue conveniente, señaló el número de miembros el cual fue modificado por el Decreto 1458 de 1942 y las condiciones que para tener tal calidad se requerían.

“Entre las funciones que les asignó a las Cámaras puso la Ley del año 31 la de “representar ante toda clase de autoridades los intereses, colectivos del comercio, de las industrias, de la agricultura y promover ante dichas autoridades las medidas que sean convenientes a dichos intereses”.

“Esta atribución es ejemplo de las de carácter general que se estamparon en el año de 1931 al lado de las que se pueden denominar públicas y de promoción.

“En las funciones de carácter gremial se refleja el origen corporativo de las Cámaras de Comercio, que nacieron como cuerpos intermediarios entre los ciudadanos y las autoridades del Estado y para fines relacionados primordialmente con las profesiones del comercio, como era propio de las concepciones sobre la sociedad de aquella época anterior a la revolución francesa, ya que, en esta última, por el contrario, se buscó la supresión de los cuerpos intermedios para permitir el juego de la libertad personal.

“El acento gremial se advierte en la Ley 28 de 1931 en el encabezamiento, como que declara que “las Cámaras de Comercio tienen por objeto, en términos generales, propender al desarrollo de los intereses colectivos del comercio”, y luego en el articulado, dentro del cual se dispone que ellas deban servir de órgano oficial de los distintos ramos comprendidos en su objeto ante el gobierno nacional y pueden presentarle opiniones, conceptos, estudios o iniciativas que tiendan a introducir reformas o mejoras en dichos ramos y en otros campos de legislación que interesen al comercio; rendir a los particulares conceptos o informes sobre puntos técnicos de su ramo; prestar sus buenos oficios a los comerciantes para hacer arreglos entre acreedores y deudores. El mismo criterio de actividades gremiales se expresa en el Artículo 24 respecto de las confederaciones de Cámaras de Comercio y en el 35 en cuanto a los derechos que poseen los afiliados a las Cámaras.

“Mas también conforme a la tradición tienen las Cámaras el desempeño de ciertas funciones públicas que el Estado les ha atribuido por Leyes y que son tan públicas que nadie extrañaría que ellas estuvieran localizadas en un ministerio, departamento administrativo, superintendencia o establecimiento público, para emplear las expresiones con que

el Decreto Extraordinario 1050 de 1968 denomina los organismos que hacen parte integrante de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional. Su presencia en el catálogo de las actividades de las cámaras de Comercio contribuye a dar a éstas ese carácter híbrido de entes públicos —entes privados que dificultan su ubicación en un campo único y les proporciona esa dualidad de regímenes jurídicos que las singulariza más que a cualquier otro tipo de persona jurídica; por lo demás ese cumplimiento de funciones públicas es lo que ha llevado a algunos a pensar que las Cámaras son establecimientos públicos.

“Dentro de este renglón de funciones públicas se incluye un primer grupo en que se observa más un propósito de colaboración con las autoridades que una sustitución de éstas, como en los casos del Artículo 12 de la Ley 28 de 1931 sobre: servir de cuerpos consultivos del gobierno y estudiar los asuntos que éste someta a su consideración y rendir los informes que les solicite, dirigir y reglamentar las obras públicas que el gobierno ponga bajo su cuidado lo mismo que los servicios públicos que les recomienda, y prestar su concurso a las autoridades y corporaciones oficiales en los asuntos relacionados con el progreso del comercio y de las industrias en general.

“Otras, por el contrario, consisten en la realización de ciertos actos reemplazando organismos o personas públicas, como las tocantes con la recopilación de los usos y costumbres mercantiles, las de servir de tribunal de comercio para resolver como árbitro o amigable componedor de las diferencias que ocurran entre comerciantes, las del registro público de comercio, registro de sociedades, certificaciones sobre existencia y representación legal de sociedades, registro de los libros de comercio.

“Este desempeño de funciones públicas atrae ciertos privilegios para las Cámaras de Comercio, como el de imponer multas y el de que sus resoluciones ejecutoriadas presen mérito ejecutivo, pero a la vez les impone ciertas sujeciones: sus reglamentos deben ser sometidos a la aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio, a ella deben remitir sus informes o memoria anual de sus labores y su situación, pueden ser sancionadas con multas, sus actos son revisables por las autoridades gubernamentales de control; su presupuesto debe ser aprobado por la Superintendencia.

“A la lista de funciones mencionadas las Cámaras de Comercio agregan otras que si bien favorecen o pueden favorecer a los comerciantes, tienen más bien como destinataria a toda la comunidad dentro de la cual ellas desenvuelven su actividad. El Artículo 10. de la Ley 28 de 1931 expresa que las Cámaras tienen por objeto, además de lo ya

mencionado, fomentar el turismo en beneficio del país y procurar la prosperidad de dichas regiones.

“Esta especie de labores, que evidentemente desbordan el cuadro de sus propósitos gremiales, vincula a las Cámaras de Comercio al progreso de los lugares donde prestan sus servicios sin que por ello desplacen a las autoridades ordinarias en la impulsión del adelantamiento de las regiones. En términos más modernos se diría que el legislador pide a las Cámaras colaborar en el desarrollo de las zonas donde están implantadas, pero sin que releven de esta obligación a las autoridades locales las cuales la Constitución nacional encarga —después de la reforma de 1968 en forma más enfática— de realizar los actos necesarios al progreso regional.

“Este cometido, que también acompaña a las Cámaras desde sus comienzos y que se vuelva sobre el bienestar colectivo, ha tomado gran cauce en países como los Estados Unidos donde la iniciativa privada coopera en alto grado sus tareas de interés general que no ha asumido el Estado. En Colombia fuera del enunciado general ya indicado del Artículo 1o. de la Ley 28 está previsto que las Cámaras organicen exposiciones comerciales o industriales, servicios de información y museos mercantiles, publiquen periódicos o revistas sobre asuntos comprendidos en el radio de su competencia o fomenten directa o indirectamente la enseñanza comercial, industrial, agrícola, marítima o aérea”.

Y más adelante agrega el doctor Vidal:

“Fue en el año de 1968, fecha de culminación de los procesos de reforma constitucional y administrativa, en el que mayor esfuerzo se produjo en el sentido de caracterizar los organismos públicos y definir su régimen jurídico.

“La reforma constitucional estipula que los establecimientos públicos forman parte de la estructura de la administración nacional, al lado de los ministerios y los departamentos administrativos, autoriza al Presidente de la República para distribuir los negocios según sus afinidades entre unos y otros y a nombrar libremente los gerentes o directores de establecimientos públicos; remite a la Ley para la expedición de los estatutos básicos de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de economía mixta, fuera de prever que estos tipos de personas jurídicas pueden ser creadas por los Departamentos y los Municipios, resolviendo así positivamente la controversia que sobre la última hipótesis se había planteado.

“Si se parte de la base de que con anterioridad la Constitución nacional no citaba siquiera el término establecimiento público se deduce el interés que la enmienda de 1968 puso en esta materia.

“La reforma administrativa del mismo año (Decretos 1050 y 3130 de 1968, dictados con base en las autorizaciones extraordinarias de la Ley 53 de 1967), establece qué organismos integran la rama ejecutiva del poder público en lo nacional y la posición de las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de economía mixta respecto de esta estructura, para pasar luego a definir, como no se había hecho antes, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta. Este conjunto de entes jurídicos, que se denominaron genéricamente en el Decreto 3130 de 1968 entidades descentralizadas” se distinguieron allí mismo de las instituciones de utilidad común o fundaciones, y recibieron las reglas de tutela gubernamental y sus principios de organización, y vieron también determinado su régimen jurídico integral en el mismo estatuto.

“Empero, no escapa al derecho colombiano, como quizás ningún otro de los tiempos presentes, el fenómeno de la mezcla o dualidad de regímenes jurídicos ya que si existe de preferencia uno de derecho público en los establecimientos públicos y otro de derecho privado en las empresas industriales y comerciales del estado y en las sociedades de economía mixta, en uno y otro caso no exclusivos, pues la Ley puede contemplar y contempla eventos en que se hace excepción a la regla, como, por ejemplo, cuando el Artículo 31 del Decreto extraordinario 3130 de 1968 prevé que son administrativos los actos que realicen las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta para el cumplimiento de funciones administrativas que les haya confiado la Ley.

“Esta dualidad de regímenes jurídicos es el signo jurídico de la época y resulta de la multiplicación de las actividades gubernamentales, algunas no tan disímiles o más bien parecidas a las de los particulares, como en la hipótesis de sociedades y en presas, y, de otro lado, del acento de interés general que puedan tener actividades de los particulares o de la delegación o encargo de funciones que les hagan los poderes públicos.

“Por lo demás esto no es un hecho nuevo; se ha admitido por la jurisprudencia y la doctrina que en el contrato de concesión extiende una reglamentación de un servicio que, obviamente, cae bajo la órbita del derecho público; es probable por ejemplo, que en la concesión de emisión de moneda que ha hecho el Estado al Banco de la República se produzcan actos que tienen el carácter de administrativos y cuyo autor es una persona privada. En la Ley 151 de 1959 se reconoce la posibilidad de que personas naturales o jurídicas tengan el recaudo y manejo de rentas pertenecientes al erario público, lo cual conduce a que estos aspectos de una entidad particular puedan estar regidos por normas de derecho público. Igualmente en Colombia tiene lugar la hipótesis de

personas privadas a las cuales se les ha encomendado el desempeño de funciones públicas, como lo contempla expresamente el Artículo 18 del Decreto extraordinario 3130 de 1968 respecto de miembros de Juntas Directivas de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, y en el caso de los Notarios antes de la nacionalización”.

Para preguntarse finalmente:

“C. ¿Las Cámaras de Comercio son establecimientos públicos?

“Las circunstancias de tener a su cargo algunas funciones públicas ha llevado a algunas personas a pensar que las Cámaras de Comercio pueden ser clasificadas como establecimientos públicos. En el evento de que esa denominación hubiera sido adaptable antes de 1968, hoy en día es completamente contrario a normas constitucionales y legales dar esa clasificación a las Cámaras de Comercio, como se pasa a exponer.

“Conforme a la Constitución Colombiana las características que debe tener un organismo o entidad que se califique de establecimiento público o las consecuencias que de esa categoría jurídica se derivan son las siguientes:

“1. El establecimiento público es parte de la estructura de la administración, al lado de los ministerios y departamentos administrativos, por tanto integrante de la rama ejecutiva del poder público.

“2. Su creación debe hacerse por Ley no por acto de gobierno, a menos de hacerse con facultades extraordinarias de Ley sujetas a término, y la iniciativa del proyecto de Ley correspondiente está reservado al gobierno.

“3. Los Directores o gerentes de los establecimientos públicos son nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República.

“4. En la junta directiva debe haber representantes de la Nación que son también agentes del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

“5. El Presidente de la República puede distribuir negocios administrativos, según sus afinidades, entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

“6. Si el establecimiento público es departamental —tiene que definirse su pertenencia a determinado nivel administrativo debe ser creado

por ordenanza a iniciativa del gobernador, éste designa libremente su director o gerente y representante del Departamento en su junta directiva, pero la Asamblea departamental también designa representantes suyos en esa junta directiva.

“7. Si el establecimiento público es de carácter municipal debe ser creado por el Concejo Municipal a iniciativa del alcalde.

“8. En los dos casos anteriores su creación está condicionada a la expedición de una Ley general sobre la materia.

“Es fácil observar la incompatibilidad que existe entre estos textos legales y la naturaleza tradicional de las Cámaras de Comercio, pues que tales disposiciones constitucionales se han dictado teniendo en cuenta que los establecimientos públicos son: enteramente, compartimentos estatales, parte de la estructura de la administración, integrantes de la rama ejecutiva del poder público, como lo precisa el Artículo 10. del Decreto extraordinario 1050 de 1968.

“Habría tal impropiedad jurídica en llamar a las Cámaras de Comercio establecimientos públicos como de nombrarlas ministerios o departamentos administrativos. Una y otra denominación repugnan con la condición jurídica, económica y gremial de las Cámaras de Comercio pues aquellas están hechas para designar secciones de la administración pública, partes de la rama ejecutiva del poder público, porciones de la organización del Estado. Es elemental que riñan tales elementos a consecuencias jurídicas con las que la tradición y el buen sentido jurídico atribuyen a las Cámaras de Comercio que para que se apelliden así deben seguir siendo entidades gremiales y no agencias estatales, aunque desempeñen por delegación ciertas funciones públicas como lo hacen o pueden hacer muchas otras organizaciones.

“La impropiedad jurídica de catalogar como establecimientos públicos a las Cámaras de Comercio procede del error de pensar que toda institución que cumpla ocasional o parcialmente funciones públicas tiene que ser un establecimiento público y ya se vió cómo la noción de establecimiento público no es genérica sino específica después de 1968 y como existen funciones públicas encomendadas a particulares.

“En este sitio vale la pena tener en cuenta que ni aún cuando se trate de entes creados por iniciativa exclusiva del Estado, con recursos suyos, para actividades que ha tomado a su cargo, en todos los casos se da la figura del establecimiento público, sino que lo que puede nacer es una empresa industrial y comercial del Estado. Y si no toda creación totalmente estatal es establecimiento público, menos puede serlo cuan-

do en ella intervienen los particulares, como cuando se trata de Cámaras de Comercio, y si la naturaleza de sus funciones o actividades la utiliza la Ley para distinguir el establecimiento público de la empresa industrial y comercial (funciones administrativas en el primero, actividades industriales y comerciales en las segundas) también el promedio de actividad gremiales de las Cámaras debe servir para distinguir las de los establecimientos públicos. Porque las entidades con finalidades esencialmente gremiales no pueden ser confundidas con los establecimientos públicos, que son cuerpos puramente administrativos, aunque las primeras tengan en sus manos algunos deberes públicos delegados, como es el caso de ciertas federaciones de productores que han manejado cuotas de fomento decretadas por Leyes.

“Desde el punto de vista legal tampoco existe compatibilidad entre las normas y la naturaleza de las Cámaras de Comercio. Es tradicional en éstas la representación colectiva de los intereses del comercio, es decir, de un gremio o sector económico, y esto no se concibió con la representación de los intereses generales que corre a cargo de los establecimientos públicos y demás engranajes administrativos como partes integrantes que son de la rama ejecutiva del poder público.

“El Artículo 5o. del Decreto extraordinario 1050 de 1968 define los establecimientos públicos como entes “encargados principalmente de atender funciones administrativas”. Este predominio de funciones estatales es consecuencia obvia de su condición de parte del Estado, las cámaras de comercio, en cambio son entidades principalmente y por esencia gremiales a las cuales el Estado puede confiar ciertas funciones públicas pero sin que ello les cambie su naturaleza derivada de la misión que han cumplido en su larga existencia y la que deben tener si se conserva con ese carácter.

“Lógico es que si el Estado quiere crear establecimientos públicos para desempeñar las funciones públicas que eventualmente puedan estar confiadas a las Cámaras de Comercio puede hacerlo por intermedio de la Ley; pero en tal caso tales establecimientos públicos no podrían ejercer las otras actividades gremiales de las Cámaras, pues un organismo público no puede dedicarse a tareas particulares de esta índole. Entonces de la misma manera como un establecimiento público típico creado por Leyes desnaturalizaría al ocuparse de los asuntos profesionales de las Cámaras, también éstas pierden su razón de ser al convertirse en establecimientos públicos.

“Otras inconsecuencias se derivarían de llamar establecimientos públicos a las Cámaras de Comercio. Habría necesidad de adscribir las a un ministerio, los presidentes de ellas serían por derecho propio miembros

del consejo superior del Ministerio respectivo, sus juntas estarían presididas por el Ministro del ramo, las personas que trabajaran en las Cámaras serían empleados públicos por regla general; en este evento, los directores de la Cámara de Comercio no podrían obtener préstamos ni contraer obligaciones con los comerciantes, siendo ellos comerciantes y estando en los cargos de dirección por esa circunstancia, ya que incurrirían en una de las prohibiciones de textos de la reforma administrativa de 1968, y tendrían las incompatibilidades de los funcionarios públicos lo cual es injusto para personas que no dedican su tiempo a la atención de servicios estatales.

“Toda la confusión jurídica que se generaría al llamar establecimientos públicos a las Cámaras de Comercio, como las denominaba un proyecto del Código de Comercio, tiene origen —se repite— en el error de pensar que toda entidad que atiende alguna función pública es establecimiento público, lo cual es contrario a la realidad jurídica colombiana y del derecho comparado; de otra parte ella se inspira en el buen propósito de sujetar a control a las Cámaras de Comercio en cuanto al cumplimiento de sus funciones públicas”.

Bien claro conserva también el doctor Vidal que si esa denominación les hubiera sido adaptable antes de 1968, “hoy en día es completamente contrario a normas constitucionales y legales” clasificar de ese modo a las Cámaras de Comercio.

De manera que tampoco en doctrina es posible concluir que las Cámaras de Comercio sean establecimientos públicos.

No son de creación legal; no es aún instituidas para atender “principalmente funciones administrativas”; conservan su modalidad originaria de ser organizaciones gremiales y esto con adice las finalidades propias del establecimiento público como son las de atender a la satisfacción de necesidades de la comunidad toda; no están integra las dentro de la Administración Pública como claramente lo demuestra el doctor Vidal en los apartes antes transcritos; ni su patrimonio es desmembración del patrimonio del Estado, ni en una palabra, reúnen los demás elementos característicos del Establecimiento Público.

Lejos están pues los Decretos 1050 y 3130 de 1968 de confirmar el punto de vista del actor.

Habrá de confirmarse el fallo recurrido.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo apelado de fecha 18 de abril de 1969 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3.5.74.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Nemesio Camacho Rodríguez

Rafael Tafur Herrán

Eduardo Aguilar Vélez

Alvaro Orejuela Gómez
Con Salvamento de Voto

Susana M. de Echeverri
Secretaria

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Segunda

*Bogotá, D.E. treinta de julio
de mil novecientos setenta y cuatro*

*Ref.: Juicio No. 1722
Demandante: César Dulcey Ledezma
Actos Nacionales*

SALVAMENTO DE VOTO

Correspondió al suscrito Consejero como Sustanciador del presente juicio, elaborar el proyecto de sentencia respectivo, el cual fue negado por la mayoría de los integrantes de la Sala, en sesión celebrada el catorce (14) de septiembre de mil novecientos setenta y tres (1973).

Para la elaboración de una nueva ponencia pasó el negocio al Consejero que sigue en turno, quien la presentó a la consideración de la Entidad, siendo acogida y aprobada por sus componentes, a excepción del que suscribe este Salvamento, por no compartir los planeamientos jurídicos supuestos en la sentencia mencionada.

Como los motivos fundamentales de esa discrepancia se encuentran ampliamente analizados en el primitivo proyecto de fallo, —a la luz de las normas que establecen las Leyes y regulan el procedimiento para el caso controvertido—, el suscrito Consejero se permite transcribirlo en su integri-

dad por considerar que en él se hace un completo estudio y análisis sobre la naturaleza jurídica de las “Cámaras de Comercio”, y de las justas razones que acompañaban al demandante para pedir el restablecimiento de sus derechos vulnerados por la Administración, y que la providencia dictada por la mayoría de la Sala, se negó a reconocerle.

Dice así:

Le ha correspondido a esta Corporación conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, fechada el dieciocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), que decidió, en primera instancia, el juicio promovido, mediante apoderado, por el señor CESAR DULCEY LEDEZMA, en cuya demanda se pedía que la citada Entidad hiciese las siguientes declaraciones:

“*PRIMERA.* Carece de eficacia legal la Resolución Administrativa número doce (12) de veintiseis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), por medio de la cual la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA, le NEGÓ al Sr. CESAR DULCEY LEDEZMA, mayor y vecino de Popayán, servidor de dicho establecimiento docente, una PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION, por considerar que en el lapso en que trabajó en la CAMARA DE COMERCIO DEL CAUCA, como empleado de esta entidad de servicio público, no tenía el carácter de *empleado oficial*, sino *particular*;

“*SEGUNDA.* Como consecuencia de la declaración anterior, la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, reconocerá y pagará al Sr. CESAR DULCEY LEDEZMA, de las condiciones civiles anotadas, una PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION —en concurrencia con las otras entidades de derecho público en donde el demandante prestó sus servicios— a partir del 1o. DE AGOSTO DE 1967, fecha en que quedó en desempleo, cuando ya había cumplido más de cincuenta (50) años de edad y veinte (20) de servicio, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de sueldos devengados en el último año, con

inclusión de la doceava parte de la prima de navidad (Artículo 4o. Ley 4a. de 1966):

“*TERCERA.* Comuníquese a la UNIVERSIDAD DEL CAUCA lo aquí resuelto, enviándole copia íntegra de la sentencia (Artículo 132 C.C.A.)”.

Fundamenta el actor sus anteriores pedimentos en los **HECHOS** que a continuación se transcriben:

“Con base en un “concepto jurídico” del Ingeniero Dr. CAMILO VARONA M., conocido comerciante de la localidad, a la sazón, por la época en que lo rindió. Presidente de la Cámara de Comercio del Cauca, la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA, le *negó* a mi mandante CESAR DULCEY LEDEZMA, ex-servidor de la misma, por RESOLUCION NUMERO DOCE (12) DE 26 DE FEBRERO DE 1968, el reconocimiento y pago —en concurrencia con otras entidades de derecho público—, de una pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber llegado a los veinte (20) años de servicio, cuando ya había cumplido con anterioridad cincuenta (50) años de edad;

“Interpuesto en tiempo el recurso de apelación ante la Junta Directiva de la Caja, esta entidad no accedió a revocar la Resolución apelada, con lo cual quedó agotada la vía gubernativa;

“Según certificaciones oficiales que se acompañan, mi mandante DULCEY L. trabajó en las siguientes dependencias oficiales:

“A) CAMARA DE COMERCIO DEL CAUCA, del 15 de diciembre de 1942 al 10 de junio, inclusive, de 1955, ó sean

..... 12 años, 5 meses, 25 días

“B) SERVICIO DE SALUD PUBLICA DEL CAUCA, del 21 de octubre de 1957 al 15 de julio de 1962, ó sean

..... 4 años, 8 meses, 25 días

“C) UNIVERSIDAD DEL CAUCA, del 16 de julio de 1962 al 31 de julio de 1967, ó sean:

..... 4 años, 0 meses, 15 días

TOTAL TIEMPO DE SERVICIO 21 años 3 meses 6 días

“La negativa de la CAJA DE PREVISION DE LA UNIVERSIDAD para decretar favorablemente la pensión solicitada, se basa en que los empleados subalternos de la CAMARA DE COMERCIO no son funcionarios *oficiales* sino *particulares* y tal decisión la fundamenta en el “concepto” del acaudalado comerciante local, ya nombrado, Ing. Camilo Varona M.:

“Ese “concepto”, que lleva fecha 30 de enero de 1968, dice que sólo tienen el carácter de funcionarios oficiales los “miembros” ó “magistrados”, que integran las respectivas juntas directivas, “con detrimento de quienes no ocupan posiciones técnicas dentro de la entidad” y que “a pesar de querérsele dar una interpretación acomodaticia y según las circunstancias, el anterior criterio no admite duda, ya que él hace referencia a los “magistrados” o “miembros” de la Cámara y nó a los demás funcionarios de la entidad que por exclusión quedan ubicados como empleados particulares. Para corroborar tal “concepto”, se transcriben otros “conceptos” dizque de los Ministerios de Trabajo y Fomento, y de algunas Cámaras de Comercio, en los cuales, como es fácil advertir, no se dá razón alguna legal ni jurídica para sostener que los empleados de las Cámaras de Comercio tengan el carácter de PARTICULARES y como tales se les aplique el C.S. del T. Si así fuera, en este estatuto laboral se habría dicho en forma expresa, como se dijo - por ejemplo para los empleados de las NOTARIAS y OFICINAS DE REGISTRO-, conforme a los Artículos 59 y 100 de ese estatuto laboral, conforme al Artículo 27 de la Ley 6a. de 1945 y Ley 1a. de 1962, en sus Artículos 9, 10 y 12; o para los CHOFERES DE SERVICIO FAMILIAR, conforme a lo preceptuado en el Artículo 103 del citado C. S. del T.

“La Resolución número 12 de 26 de febrero de 1968 cuya nulidad o ineficacia legal solicito, viola --de manera directa e indirecta- las siguientes normas legales, ya que las CAMARAS DE COMERCIO son entidades de creación legal, de derecho público, y, por lo mismo, sus miembros y empleados dependientes tienen carácter estrictamente *oficial*”.

.....

Señala el demandante como normas infringidas con la expedición del acto impugnado, casi todas las disposiciones legales que se relacionan con la fundación, carácter, funcionamiento y facultades de las Cámaras de Comercio, las cuales, según lo expresa en el concepto de la violación, “son entidades de creación legal, de derecho público, y, por lo mismo, sus miembros y empleados dependientes tienen carácter estrictamente oficial”. Y agrega, que también fueron quebrantados los Artículos 50. de la Ley 4a. de 1913 y 40. del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre los anteriores preceptos, anota:

“He transcrito, en parte, varias de las disposiciones legales que regulan el funcionamiento de las Cámaras de Comercio, con las cuales evidencio ante el H. Tribunal a quien tengo el honor de dirigirme, cómo tales Entidades prestan un servicio público, sus miembros o magistrados, (términos sinónimos), tienen mando y jurisdicción en el respectivo territorio, las funciones que les corresponde ejercer, la vigilancia oficial a que están sometidas por parte del Gobierno, las facultades para CREAR CARGOS que estime necesarios, las calidades que deben reunir algunos de tales cargos, como el de Secretario; la obligación en que están de dar cuenta de sus actuaciones ante el Gobierno Central, circunstancias todas estas que no dejan la menor duda de que sus integrantes, junto con los empleados subalternos, PRESTAN UN SERVICIO PUBLICO OFICIAL, en manera alguna de carácter particular, como erróneamente se ha interpretado hasta ahora”.

La Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca, se opuso a las pretensiones de la demanda, por intermedio de su representante legal, quien además de formular tal impugnación, actuó en la primera instancia del negocio, pues en la segunda confirió poder a un distinguido Abogado para que llevara la vocería de la Entidad, como en efecto lo hizo, al presentar un detenido y bien meditado estudio jurídico, en el que después de analizar los actos y funciones de las Cámaras de Comercio y de los empleados que de ellas dependen, para catalogar a éstas como “entidades de una naturaleza especial no comparable a la de otros organismos”, y a los segundos como “subalternos o auxiliares de quienes la Ley no se ocupó”, termine solicitando sea confirmado, en todas sus partes, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca.

Al emitir su vista reglamentaria, el señor Fiscal del Tribunal, en un extenso y acertado concepto, es de opinión que deben despacharse favorablemente las súplicas del libelo.

En la fecha antes indicada, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, dictó la sentencia correspondiente, separándose de los razonamientos aducidos por la Fiscalía, y no accediendo, por tanto, a las pretensiones del demandante.

Inconforme el apoderado del actor con la decisión del *a-quo*, interpuso recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, que ha tramitado el juicio regularmente, sin que se advierta causal de nulidad alguna capaz de invalidar la actuación, por lo cual esta Sala entra a profere el fallo respectivo, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio. Su origen, creación legal, organización y funcionamiento. Para llegar a una acertada definición del asunto que se examina en la presente *litis*, conviene, ante todo, (como lo hicieron el Fiscal del Tribunal y la Corporación misma,) estudiar y analizar, a la luz de la legislación positiva vigente y de la doctrina, la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, con el fin de determinar, luego, el carácter que tienen los funcionarios, empleados o servidores que se encuentran bajo la dependencia de dichas Instituciones. Y, en concreto, resolver si al demandante, (señor César Dulcey Ledezma,) le ampara o nó, el derecho a que le sea reconocida y decretada la pensión de jubilación vitalicia que le negó la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca, por cuanto el tiempo de servicios prestados por aquél a la Cámara de Comercio de ese Departamento no puede computarse como laboración a una Entidad Oficial, sino a una privada, pues según reza la Resolución que se acusa “La Cámara de Comercio del Cauca, en comunicación del 30 de enero de 1968 a esta Caja de Previsión, estima que los funcionarios subalternos son particulares”.

A decidir tales puntos procede la Sala, basándose en estas razones:

Tres grandes sistemas jurídicos explican en el mundo la organización y funcionamiento de las Cámaras de Comercio, a saber:

- a) El sistema francés, seguido, asimismo, en Alemania e Italia. Según él las Cámaras de Comercio son consideradas como establecimientos públicos.
- b) El sistema inglés, que se caracteriza por la circunstancia de que las Cámaras se constituyen libremente entre comerciantes, como asociaciones de derecho privado.
- c) El sistema español, que las cataloga como entidades de carácter oficial, pero encargadas de velar por los intereses locales y generales del comercio y de la industria.

En nuestro país, el Artículo 3o. de la Ley 28 de 1931 preceptúa que las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal, con personería jurídica desde el momento de su instalación y representadas por sus respectivos Presidentes y por sus apoderados debidamente constituídos. Por su parte, el nuevo Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), estatuye lo siguiente: “Las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal, con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas Entidades serán representadas por sus respectivos Presidentes”.

No ha dicho la Ley colombiana que las Cámaras de Comercio sean Entidades o Corporaciones de derecho privado, ni tampoco, en forma expresa, que constituyen Entidades públicas descentralizadas del orden nacional.

No obstante, tanto la Ley 28 como el nuevo Código de Comercio, dan un indicativo que no puede soslayarse, o sea que las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal.

Y, entonces, ¿qué debe entenderse por *institución de orden legal* ?

Son aquellas que nacen a la vida jurídica por virtud de un mandato legal, esto es, que su origen lo constituye un ordenamiento positivo del Estado.

Institución, entre otras cosas, —no haciendo referencia, desde luego, a la teoría institucional tan en boga en el derecho público, y en el campo del derecho societario—, significa establecimiento, fundación, creación, lo fundado o establecido, cada una de las organizaciones principales de un Estado. (Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, pág. 400).

De donde cabe deducir que la institución de orden legal no es otra cosa que el ente jurídico creado por la Ley, en oposición a las instituciones de derecho privado cuya causa jurídica y eficiente se encuentra en el negocio de carácter particular. llámese acuerdo de asociación, contrato de sociedad o iniciativa fundacional. Desde luego, que no puede confundirse la autorización expedida por la autoridad pública, como requisito para el debido funcionamiento de ciertas corporaciones y fundaciones de derecho privado, con el acto de creación de la persona jurídica, pues el origen legal de ésta, agrega un valor de insospechada importancia para entrar a determinar si ella pertenece a la esfera del derecho privado o a la del derecho público; si es persona jurídica privada o si es persona jurídica pública o de derecho público.

Es por ello que el Artículo 80 de la Ley 153 de 1887, con singular nitidez, que excluye cualquier equívoco, expresa lo siguiente:

“La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones *creadas* o *reconocidas* por la Ley, son personas jurídicas”.

La norma en cuestión estima, por consiguiente, dos categorías de personas jurídicas: las creadas por la Ley (personas públicas) y las reconocidas por la Ley (personas privadas).

Y ese origen legal, esa creación de *iure* público, sigue indicando su importancia en otras personas públicas, ya sean centralizadas o descentra-

lizadas. En efecto, el Artículo 1o. de la Ley 2a. de 1943 determina que las Intendencias y Comisarías de que habla el Artículo 5o. de la Constitución Nacional, son personas jurídicas; y los Artículos 5o. y 6o. de aquel estatuto, señalan, en su orden, que los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como "*organismos creados*" por la Ley, son también personas jurídicas.

En resumen: las personas jurídicas de derecho público, son las que siguen: la Nación; los Departamentos; los Municipios; las Intendencias; las Comisarías; las Entidades descentralizadas, (establecimientos públicos y empresas estatales) del orden Nacional, Departamental o Municipal.

Ahora bien, por la propia definición ha quedado ya establecido que las Cámaras de Comercio son de creación legal, y además, señalado el principio de que ese origen del respectivo ente, les confiere la personalidad de derecho público. Es por ello tan celosa la Ley en no dejar salir del conjunto de esa clase de personas, a aquellas que encuentran su génesis directa en el ordenamiento legal del Estado. Así, por ejemplo, las fundaciones o instituciones de utilidad común, "creadas por la iniciativa particular para atender sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores" son personas jurídicas privadas, (Artículo 5o. del Decreto 3130 de 1968); pero, en cambio, la Ley reivindica para el campo del derecho público, las fundaciones o instituciones de utilidad común existentes, creadas por la Ley o con autorización de la misma, considerándolas como establecimientos públicos, sujetas a las normas previstas para éstos, y desde luego, con las particularidades que contengan los actos de su creación. Así lo establece el Artículo 7o. del Decreto antes citado que indica, además, que idéntica regla se aplicará cuando "con la necesaria facultad legal o estatutaria, se crean por los establecimientos públicos y por las empresas industriales y comerciales del Estado, entidades con los objetivos propios de las fundaciones o instituciones de utilidad común, lleven o no esta denominación".

Precisamente, por su origen legal, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, son personas de derecho público, mientras que las sociedades de economía mixta, que si bien por la participación del Estado en su capital, se consideran genéricamente como "entidades descentralizadas", empero por su origen contractual son personas de derecho privado, no obstante que bajo determinadas condiciones quedan sometidas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, (Artículo 3o. del Decreto 3130). Es así como el Artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968, precisa que las sociedades de economía mixta, "son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que establece la Ley".

II

Las Cámaras de Comercio como Establecimientos Públicos, de acuerdo con las reformas legales vigentes. Las Cámaras de Comercio (—ya se dijo antes—) tienen su origen en la Ley, y precisamente por tal causa que imprime carácter a la luz del derecho público colombiano vale examinar a qué categoría de personas jurídicas públicas descentralizadas, pertenecen. De antemano y por exclusión no pueden ser empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial que no se compadecen con las atribuciones y funciones públicas otorgadas al efecto por la Ley a las referidas Cámaras. Lo único de común entre éstas y las empresas estatales, que viene a constituir, por así decirlo, el vínculo de la gran familia de las personas públicas descentralizadas, es el origen legal de unas y otras.

Pero la categoría jurídica de los establecimientos públicos, sí encuadra perfectamente en las Cámaras de Comercio, si tenemos en cuenta lo preceptuado por el Artículo 5o. del Decreto número 1050 de 1968, y el análisis de dicha norma, frente a las funciones y características de tales Entidades.

La disposición mencionada, expresa:

“De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la Ley, o autorizados por esta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa, y c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial”.

Aplicada al caso de autos la norma en cuestión, se deduce lo siguiente:

Las Cámaras de Comercio tienen Personería jurídica.

Las Cámaras de Comercio gozan de autonomía administrativa, como quiera que ejercen sus funciones dentro del ámbito de la capacidad reconocida por la Ley. Además, cumplen principalmente funciones públicas, sin que por otro lado la circunstancia de que se les haya asignado algunas otras representativas de los comerciantes e industriales, ello no empece a su prístina categoría de establecimientos públicos, ya que como lo dijera esta misma Corporación en sentencia del 8 de abril de 1970, tales personas de derecho público, pueden atender además de sus funciones administrativas otras distintas, bien sean ellas de carácter industrial o comercial, docente o social, sin que por ello se desfigure la naturaleza propia de establecimientos públicos, pues cumplirán siempre sus objetivos conforme a reglas de derecho

público, a menos que en la Ley o en los respectivos estatutos se haya especificado un régimen excepcional.

Desde luego que la autonomía de las Cámaras de Comercio, como la de toda Entidad descentralizada, encuentra su límite en la tutela administrativa, que no es otra cosa que el poder de que goza la autoridad central sobre el órgano descentralizado, a efecto de salvaguardar la unidad del Estado y de lograr el cumplimiento de la Ley. Precisamente, ese control de tutela a través de la debida vigilancia, se ejerce sobre las Cámaras por la Superintendencia de Industria y Comercio (Artículo 25 del Decreto 2974 de 1968) y su control fiscal incumbe a la Contraloría General de la República. Es así, pues, como se cumple aquella exigencia legal de que los Ministerios y Departamentos Administrativos a los cuales se hallan adscritos los establecimientos públicos y vinculadas las empresas industriales y comerciales del Estado, serán los organismos encargados de ejercer la tutela gubernamental o administrativa a que se refieren los Artículos 7o. del Decreto 1050 de 1968 y 8o. del 3130 de ese mismo año y demás disposiciones sobre la materia.

Se ha esgrimido como argumento contrario a la naturaleza de establecimientos públicos de las Cámaras de Comercio, el hecho de que estas cumplen algunas funciones gremiales, cuya ejecución no es propia de personas de derecho público; y que la circunstancia de que aquellas realicen ciertas gestiones públicas, nada resta a su carácter particular, en consideración a que en el derecho administrativo es viable que el Estado encomiende cometidos públicos a personas de derecho privado, sin que ello implique transformación jurídica alguna en la personalidad del ente.

III

Funciones y actividades de las Cámaras de Comercio como Entidades de derecho público. Con todo, las razones anteriormente expuestas, no hacen dudar a la Sala acerca de la verdadera naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio. Su indiscutible origen legal; el cúmulo de funciones públicas atribuidas por normas superiores de derecho y el ámbito jurisdiccional de que gozan en determinado sector del territorio patrio, constituyen aspectos definitivos que no es dable diluir ante la perspectiva de que las Cámaras, por otra parte, deban cumplir, según encargo de la misma Ley, con funciones tales como las de representar ante toda clase de autoridades, los intereses colectivos del comercio, de las industrias, de la agricultura, y promover ante dichas autoridades las medidas que crea convenientes a esos intereses. (Artículo 12, Ley 28 de 1931).

Es así como la persona de derecho privado no se convierte en persona de derecho común por la función pública que se le haya encomendado, como tampoco la persona de derecho público resulta transformada en sujeto

privado porque paralelamente deba ejecutar alguna otra actividad propia de los particulares. Tal simbiosis no puede llevar al errado criterio de que existan personas jurídicas mixtas, es decir, en parte de derecho público y en parte de derecho privado.

Es indiscutible que la presencia del Estado en la gestión de actividades anteriormente consideradas como exclusivas del sector privado, ha conducido a la quiebra de viejos principios del derecho administrativo, tal como el de que todos los servicios a cargo de la Administración, se regulaban por los procedimientos especiales del derecho público. Así se observa cómo múltiples actividades, especialmente las que conforman los llamados servicios industriales y comerciales del Estado, se rigen en su funcionamiento por las normas del derecho privado. Nadie puede negar que una empresa industrial y comercial del Estado, constituye una persona de derecho público, pero no obstante los actos y los hechos que realice para el desarrollo de sus gestiones industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado.

De allí que estos entes públicos, pueden dar lugar a dos clases de actos, inconcebibles, desde luego, dentro de la teoría del servicio público clásico, a saber: a) actos meramente privados y pertenecientes a la competencia de la justicia ordinaria; y b) actos administrativos, sujetos al control de la justicia contencioso administrativa. Esa dualidad de actos para una entidad de derecho público, como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, los reconoce enfáticamente el Artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, al precisar cuáles se someten al derecho común y luego al señalar que “aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la Ley, son actos administrativos”

Pues bien, en el derecho público actual ningún cambio jurídico se plantea en el caso de que una Entidad de derecho público desarrolle actividades propias de los particulares, como tampoco en el evento contrario, o sea, cuando un particular cumple o ejecuta una función o cometido estatal, por delegación o concesión del mismo Estado.

Pero, entonces, ¿cuál es la directriz a seguir para saber, en definitiva, cuándo una persona es de derecho público o de derecho privado? . Ante la evolución del derecho público, que ha significado la gestión económica a cargo del Estado, con procedimiento de derecho privado, no queda otra alternativa que la de buscar el origen, el acto primo de creación del respectivo ente, (tal como quedó dicho en uno de los acápitres precedentes.) Si su origen es legal la persona es pública. Si, por el contrario, lo es privado, la persona es de derecho común.

Ahora bien, si el origen legal le imprime carácter público a la persona, de igual manera la conformación del patrimonio que es atributo o consecuencia

necesaria de la personalidad misma, ha de tener, primordialmente un marcado origen estatal. Es por ello que se dice tanto para los establecimientos públicos como para las empresas industriales y comerciales del Estado, que deben tener “un patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial”.

Se observa, al respecto, cómo las Cámaras de Comercio perciben tasas o cuotas forzosas del público por concepto de la inscripción de extractos notariales sobre creación, reformas y liquidación de sociedades; registro de libros de contabilidad; certificados sobre constitución, existencia y representación de sociedades; registro público mercantil, etc. Además, no debe olvidarse cómo el Artículo 2a. de la Ley 151 de 1959 aludió a las instituciones y organismos que reciben, manejan o invierten ingresos públicos, al prescribir lo siguiente: “La vigilancia de la gestión fiscal de las empresas o establecimientos públicos descentralizados y de aquellas instituciones y organismos que reciben, manejan o invierten fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial, o cuotas forzosas creadas por la Ley, corresponde a la Contraloría General de la República, de conformidad con lo establecido en el Artículo 59 de la Constitución Nacional”. Por su parte, el Artículo 4o. de ese mismo estatuto señaló para los efectos del Artículo 64 de la Carta como empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, entre otras, a aquellas Entidades u organismos a que se refiere el Artículo 2o. antes citado, esto es, a aquellos que reciben, manejan o invierten fondos provenientes de tasas, impuestos, contribuciones de carácter especial o cuotas forzosas creadas por la Ley, como acontece con las Cámaras de Comercio.

Comentando este importante punto, el Doctor Bernardo Londoño Gutiérrez, en su libro titulado “Cámaras de Comercio”, dice:

“El criterio operante para la determinación de las Cámaras como Entidades de derecho público, se halla consignado claramente dentro de la Ley 151 de 1959, que a más de incluir en forma expresa a las Cámaras de Comercio dentro de esos lineamientos, indica las diversas fases que deben caracterizar organismos con posibilidades de ser tenidos como tales. En efecto, la citada norma previene cómo son establecimientos de derecho público, no sólo aquellos sobre los que la Nación, los Departamentos o los Municipios comparten más del cincuenta por ciento del capital social, sino, asimismo, aquellas instituciones y organismos que reciban, manejen o invierten fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial o cuotas forzosas creadas por la Ley.

“Este criterio legal, ha servido de base a varias Cámaras para oponerse a esa clasificación, y ello, a pesar de lo real que la calificación parezca.

argumentando condiciones *sui-générís* que caracterizan a las Cámaras tanto en organización como en funcionamiento.

“Sin embargo, creemos nosotros, que la fuerza de las argumentaciones presentadas por los oponentes, pierde razón, si se tiene en cuenta que las cuotas asignadas por el registro público, y ello mirando uno solo de los aspectos, tienen un alto grado de similitud a las tasas de que se hace mención en el derecho impositivo o, supliendo las dudas, a las contribuciones especiales o cuotas forzosas de que trata la Ley 151”.

El origen legal de las Cámaras de Comercio y su patrimonio integrado con ingresos públicos que se derivan de las tasas y emolumentos establecidos también por disposiciones vigentes para los servicios que prestan, determinan con singular nitidez, el carácter de personas de derecho público que ellas conservan, por cuanto no puede haber Entidades de derecho privado, creadas por la Ley, y con patrimonio no suministrado por sus asociados o fundadores particulares, sino provenientes del Estado a modo de percepción de tasas. De otro lado, sucede que las funciones primordiales de dichas Cámaras terminan por encuadrarlas más ostensiblemente en el campo del derecho público.

En efecto, tales funciones pueden clasificarse en administrativas, consultivas, representativas, arbitrales y fiscales.

Dentro de las administrativas se encuentran, según la Ley 28 de 1931, las siguientes: Dictar su propio reglamento; dirigir y reglamentar las obras y los servicios públicos que el Gobierno ponga bajo su cuidado; organizar exposiciones comerciales e industriales, servicios de información y museos mercantiles; prestar su concurso a las autoridades y corporaciones oficiales en los asuntos relacionados con el progreso del comercio y de las industrias, en general; recopilar los usos y costumbres mercantiles y certificar su existencia; llevar el registro público de comercio; llevar el registro de los extractos, actos y libros o documentos que deben registrar las sociedades comerciales y certificar la constitución, existencia y representación legal de las mismas.

Resulta, entonces, imposible que una persona de derecho privado pueda cumplir con semejantes funciones administrativas que son esencialmente públicas y que implican, de otra parte, el ejercicio soberano de la fe ciudadana y de la plena autenticidad de sus declaraciones y certificaciones, como acontece con la institución del registro público mercantil y de los documentos públicos, (Artículos 262 del C. de P. C.), emitidos por las Cámaras de Comercio respecto a la constitución, existencia y representación de las sociedades mercantiles y comerciales.

Repugnaria, por tanto, a una sana y recta organización jurídica que Entidades meramente particulares puedan ser titulares de funciones que

conciernen exclusivamente al depósito de la fe pública, las cuales sólo deben ser desempeñadas por instituciones de derecho común, pues la veracidad del registro mercantil, que comporta las directrices de ser un instrumento de publicidad de actos o situaciones jurídicas comerciales, y un medio para distinguir al comerciante del que no lo es, no puede en aras de la seriedad misma que implica esa función, estar llevada y dirigida por simples personas particulares. Ello constituiría un verdadero adefesio jurídico y legal.

IV

Definición de la Ley 28 de 1931 y del Decreto 410 de 1971. Control Fiscal. Por todas esas circunstancias la Ley 28 de 1931, calificó expresamente a las Cámaras de Comercio como “instituciones de orden legal” y por lo que en la exposición de motivos del correspondiente proyecto, se advierte sobre su carácter de “entidades oficiales”. Y también en algunos de los informes legislativos sobre aquella ponencia, se sostuvo lo siguiente: “De acuerdo con el sistema adoptado en Colombia, las Cámaras de Comercio son cuerpos administrativos en cuanto constituyen una creación legal, pero tienen su personería civil independiente. Son establecimientos públicos que hacen parte de la organización administrativa del país y que no obstante conservan cierta autonomía en su funcionamiento. La importancia de estos cuerpos consultivos y administradores de justicia exige que una reglamentación los incorpore en el dominio legislativo, como lo provee convenientemente el proyecto a que este informe se refiere”. (Historia de las Leyes, Tomo XX págs. 23 y 24).

Por su parte, vale indicar que el nuevo Código de Comercio, (Decreto 410 de 1971), si bien en lo general sigue los mismos derroteros de la Ley 28 de 1931, respecto a las Cámaras de Comercio, sin embargo, hace resaltar con rasgos más nítidos, el carácter de establecimientos públicos de las mismas, por las siguientes prescripciones: a) Las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, “creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar”, (Artículo 78); b) El régimen de incompatibilidades para los directores que no pueden serlo en más de una Cámara y para los Abogados, economistas y contadores al servicio de ellas, quienes queden inhabilitados para ejercer sus profesiones en asuntos particulares, (Artículos 85 y 90); c) Las funciones son esencialmente públicas, y pueden clasificarse en administrativas, consultivas, representativas, arbitrales y fiscales (recaudar tasas y contribuciones); d) Las Cámaras están adscritas a un organismo principal de la Administración Pública cual es el Ministerio de Desarrollo Económico (Superintendencia de Industria y Comercio); e) Tienen dos clases de controles: *el administrativo o de tutela* que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, Entidad que decide de las reclamaciones relativas a la forma como se preparan y efectúan la elección y el escrutinio de los

directores; aprueba su reglamento interno; revisa el informe anual de labores realizadas y el detalle de sus ingresos; vigila y controla su funcionamiento; puede imponerles multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos y decretar la suspensión o el cierre de la Cámara; y aprueba el Presupuesto de rentas y gastos. Además, dicha Superintendencia conoce de las apelaciones contra los actos de las Cámaras, y una vez surtido el recurso, se agota la vía gubernativa y procede contra ellos la acción Contencioso administrativa.

El control Fiscal, que ejerce la Contraloría General de la República, se extiende a la vigilancia del recaudo, del manejo y de la inversión de los ingresos, (Artículo 87, 88 y 94); f) El Gobierno Nacional estará representado en las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio hasta en una tercera parte de cada Junta. Por Decreto Reglamentario se señalará el número de los miembros de la Junta Directiva de las Cámaras y el de los representantes del Gobierno (Artículo 80).

Por último, es del caso recalcar, una vez más, cómo la legislación colombiana desde antes de la expedición de la Ley 28 de 1931, siempre catalogó a las Cámaras de Comercio como Entidades públicas, y así se observa cómo la Ley 111 de 1890, en sus Artículos 2o. 3o. y 5o. las consideró como órganos oficiales del comercio, autónomos e independientes.

V

El caso sub-judice. Ahora bien, si de todo lo anteriormente expuesto, resulta indubitable el carácter de establecimientos públicos para las Cámaras de Comercio, es forzoso concluir que sus servidores tienen, igualmente, el nítido *status* de empleados públicos, con todas las consecuencias legales del caso. Esta conclusión viene a corroborarla el Artículo 1o. del Decreto número 1890 de 1931, que establece:

“Las Cámaras Nacionales de Comercio que funcionen dentro del país, de acuerdo con la Ley 28 de 1931 y el presente Decreto, son entidades oficiales y sus miembros se consideran como Magistrados o funcionarios públicos, según el caso, para todo lo relacionado con el ejercicio de las facultades que les confiera la Ley, las obligaciones que les impone y las responsabilidades a que haya lugar”.

Y el Artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, claramente, definió:

“Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué activida-

des pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

“Las personas que presten 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”.

Refiriéndose la Corte Suprema de Justicia a la norma precedente, en sentencia del 10. de marzo de 1969, expresó:

“Conforme a este texto, la regla general es, pues, que las personas al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos tienen la condición de empleados públicos, sometidos por tanto, a una situación legal o reglamentaria; mientras que los al servicio de las empresas comerciales o industriales del Estado y las de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales, por lo que su relación con el servicio se entiende regida por un contrato de trabajo. De esta regla general se exceptúan aquellos a quienes por reglamentación estatutaria se ha colocado expresamente en situación distinta, con lo cual la Ley ha venido a escoger en gran parte la doctrina sustentada por la Corte respecto del *status* de las personas que ejercen funciones de dirección y confianza así en los organismos que el Estado utiliza para la prestación directa de los servicios como aquellos de los cuales se sirve para su prestación indirecta.

“La norma transcrita viene así a precisar, y por tanto a aclarar conceptos y situaciones que en el texto del Artículo 4o. del Decreto 2127 de 1945 aparecen evidentemente confusas, por la dificultad de atribuir a las empresas oficiales un ánimo de lucro más propio de los particulares que de establecimientos cuyo cometido esencial es el bien común, y determinar si una institución que funciona con fondos provenientes de impuestos, tasas o contribuciones, destinada únicamente a suministrar un servicio público en interés general o a subvenir al costo de la Administración Pública y de la satisfacción de los cometidos del Estado y sometida a la tutela gubernamental y al control oficial de todas sus operaciones, pueda ser considerada idéntica a las similares de propiedad de los particulares, o es susceptible de ser fundada y manejada en la misma forma como éstos fundan y manejan las que les pertenecen”.

Todo cuanto se deja dicho, conduce, en consecuencia, a la plena certeza de que los servicios prestados por el actor César Dulcey Ledezma, a la

Cámara de Comercio del Cauca, en el lapso comprendido entre el 15 de diciembre de 1942 y el 10 de junio de 1955, fueron regidos por un vínculo de derecho público, por constituir aquélla un establecimiento de ese orden jurídico, y por no estar cobijados dichos servicios por las normas exceptivas de los Decretos 2127 de 1945, y 3135 de 1968.

En el interesante y razonado estudio que hace el señor Fiscal del Tribunal en su concepto de fondo, analiza pormenorizadamente cada uno de los puntos del problema controvertido en el juicio, relacionados con la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio y con la situación legal del demandante, como empleado de la mencionada Entidad, en el Departamento del Cauca.

La Sala acoge y comparte, en un todo, los razonamientos jurídicos del Agente del Ministerio Público, por encontrarlos ajustados a derecho y en tal virtud los reproduce como fundamento de la parte final de la presente providencia.

Dicen así:

.....

“No se puede dudar un instante, entonces, de que las Cámaras de Comercio son un establecimiento público, a la luz de la doctrina y a la luz de la Ley positiva, por estar adscritas esencialmente a la prestación de un servicio público. (subrayo).”

“Visto lo anterior, pasamos a examinar la naturaleza de la relación entre la Cámara y sus servidores, que es el punto clave de este problema.

“Tenemos en primer lugar a los miembros de la Junta Directiva, por mandato de la misma norma, cual es el Decreto 1890 de 1931. Pero aclara que ello es sólo para el ejercicio de las facultades que les confiere la Ley. O sea que los directivos de las Cámaras se consideran personas investidas de autoridad y jurisdicción, que es el sentido que a la palabra “magistrado” le dá el Artículo 5o. del C. de R.P. y M. Porque para desempeñar sus funciones de fiscalización y de control del comercio, necesitan estar investidas de esa facultad. Pero nada más. Ellos no pueden alegar esa calidad para actos distintos.

“Noción que no cobija a los que no pertenecen a la Junta Directiva, aunque presten sus servicios a la Cámara de Comercio.

“Para estos últimos hay que tener en cuenta, además, lo previsto en el Decreto 2127 de 1945, según el cual a la administración pública no se

puede vincular una persona sino en calidad de empleado oficial, sin que tal vinculación pueda tomarse como contrato de trabajo que sólo rige para los empleados particulares.

“Pero el mismo Decreto estableció sus excepciones: ‘A menos que se trate de la construcción o el sostenimiento de obras públicas, o de empresas industriales agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma’.

“Lo cual significa que con la administración pública se pueden dar dos formas de vinculación laboral: como empleado o como trabajador oficial.

“Y así lo dice expresamente el Decreto 3135 de diciembre pasado, dictado por el Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias.

“EN ALGUNO DE LOS DOS CASOS HAY QUE UBICAR A CESAR DULCEY LEDEZMA, pues como lo dice el CONSEJO DE ESTADO, no es posible que ‘HAYA SERVIDORES POR FUERA DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS, O SIN SU ESTATUTO ESPECIAL, DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES DE SU CARGO’. Y en esa misma ocasión dijo esa Corporación: ‘en el establecimiento público, para la determinación de la naturaleza de la relación con los servidores de él, depende, ante todo, de si el trabajador desempeña o nó funciones nacidas directamente del servicio mismo, directivas o técnicas’ (Julio 30 de 1960. Anales Nos. 387-391 pág. 598).

“La clasificación depende, entonces, de la prevalencia que se dé a una de las dos teorías que se debaten cuando se trata de establecer el régimen jurídico de las personas adseritas al servicio público: la contractualista o de derecho privado, o la estatutaria o de derecho público.

“Si nos anticipamos a citar el Decreto 2127 era para comprobar que entre nosotros rige la teoría estatutaria o reglamentaria, o sea la de derecho público con contadas excepciones previstas expresamente en la Ley o en el Decreto.

“Entonces cabe concluir que los adseritos a un establecimiento público son funcionarios oficiales, a menos que la Ley expresamente los exceptúe.

“Por ello dice con toda razón y claridad el H. Consejo de Estado:

“Las consideraciones expuestas se resumen, así: 1o. En los órdenes nacional, departamental y municipal de la Administración Pública,

incluidos los establecimientos públicos y demás personas administrativas, rige para las relaciones del empleado con el Estado, el Derecho Público, y el estatuto del servidor público parte de la 'situación legal reglamentaria' con las siguientes excepciones:

"a) Trabajadores a jornal de las obras públicas;

"b) Personas vinculadas a la Administración por contratos de carácter especial, de acuerdo con las Leyes;

"c) Sociedades de economía mixta, salvo mandato expreso de la Ley;

"d) Establecimientos públicos, en los casos de trabajadores cuya actividad no sea base esencial del servicio público, ni tengan funciones directivas o técnicas (simples oficiales, obreros, etc). En los establecimientos públicos como en la Administración en general, el principio es la situación legal reglamentaria, siendo la excepción la relación contractual, *excepción que es determinada por la Ley* (subraya la Fiscalía).

"2.

"3. En los servicios públicos, la administración puede tener trabajadores a contrato, siempre que no sean de aquellos que, por la naturaleza de su cargo, deban responder no solamente de sus hechos sino de sus omisiones, es decir, que tienen funciones detalladas en la Ley o en el reglamento'. 'Cuando son de esta última categoría, la situación legal y reglamentaria prevalece'. (Julio 30 de 1960 Anales 387-391 pág. 595).

"Aplicando los principios anteriores, tenemos que en el caso de autos, el demandante Dulcey sirvió cargos en la Cámara de Comercio del Cauca que indudablemente reflejan con su solo enunciado las funciones directivas que le correspondían. Tal el caso de Tesorero-escribiente que desempeñó a partir de 1950. Y aún cuando no ocurre lo mismo cuando laboró como portero o portero escribiente, *habría que demostrar que una norma legal exceptuó tal cargo de los que pertenecen a la administración del establecimiento público como empleado oficial, para colocarlo como empleado particular.*

"Si no existe una norma expresa que haga esa excepción, *no se puede hacer por vía de doctrina o de simple interpretación una excepción que sólo puede hacer la Ley o el Decreto legislativo, porque es de aquellas que se reservó el legislador. Cuando el legislador quiso hacer la excepción la hizo expresamente como se ve en los decretos que hemos*

analizado y en el propio Código Sustantivo del Trabajo. (Artículo 99) (he subrayado).

“Se dirá que faltan notas elementales que integran la noción de empleado público, tales como el sueldo y la afiliación a la Caja de Previsión Social Nacional. Pero ya el H. Consejo de Estado ha estudiado situaciones semejantes y ha explicado cómo se pueden superar esas objeciones, al admitir como funcionarios oficiales a quienes tampoco perciben sueldos del Estado ni estén afiliados a los institutos de seguridad social. Tal el caso de los Notarios y Registradores, a particulares, por prestar un servicio eminentemente público. Así puede verse en la sentencia del 11 de abril de 1958, que abrió el camino para esta interpretación y que luego fue corroborada con las de 23 de abril de 1950 y 27 de junio de 1959.

“Siendo ello así, hay que aceptar que en el caso que nos ocupara, la calidad de empleado público y no la de particular, prevalece en las relaciones de César Dulcey Ledezma con la Cámara de Comercio del Cauca”.

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, fue de parecer adverso a las peticiones de la demanda y por ello solicitó se confirmara la sentencia recurrida, al sintetizar su opinión, así:

“Las Cámaras de Comercio en sus relaciones con el Estado para la prestación del servicio, son de carácter público; los actos que llevan a cabo en relación con su organización interna y con lo relativo a sus afiliados y a terceras personas, son de carácter privado, realizado a nombre de dichas Cámaras y no a nombre del Estado ni por cuenta de éste. Entonces, si se acepta esta conclusión que es la expresada por el Tribunal del conocimiento en el fallo, habría que concluir que el vínculo que une a los empleados que prestan servicios a las Cámaras de Comercio, no es de derecho público, sino que constituye una relación contractual laboral”.

Finalmente, la Sala se permite transcribir los conceptos que le merece al apoderado del actor, la expedición del acto cuya legalidad ha sido materia de este proceso, porque ellos vienen a reforzar el derecho que le asiste al demandante para impetrar el reconocimiento de su pensión jubilatoria.

“La Universidad del Cauca, dice a través de sus representantes, no ha obrado en este desconocimiento de la pensión jubilatoria hacia mi mandante Dulcey L. en forma seria y definida, pues éste *fue obligado a renunciar de su cargo* bajo la promesa hecha oficialmente por el Consejo Superior Universitario, como se desprende de la comunicación que obra

a fls. 2 del C. No. 2 de pruebas, en donde se transcribe una proposición de dicho Consejo, en donde en forma terminante se le dice a Dulcey que debe "proceder a solicitar su jubilación POR REUNIR LOS REQUISITOS LEGALES PARA ELLO".

"Si mi mandante renunció, porque se le anunció oficialmente por escrito que se le jubilaría, no se vé la razón legal ni jurídica, ni de equidad, para, a última hora, negarle la justa prestación anunciada.

"Esta comunicación oficial tiene el carácter de plena prueba, de acuerdo con la Ley, porque es la Universidad del Cauca la que está hablando a través del Consejo Superior (Artículo 632 del C. J., 1758 inc. 1o., 1769 del C.C.). Si la Universidad no le exige a DULCEY LEDEZMA su renuncia, para jubilarlo, él posiblemente habría continuado trabajando a su servicio.

"Pero acontece que la Caja de Previsión Social de la Universidad, por conducto de su Gerente, SI ACEPTA, sin ninguna explicación ni salvedad, que mi representado fue su trabajador *oficial* y con ese carácter laboró en la Cámara de Comercio, inclusive. En efecto, como puede observarse en la contestación de la demanda (fls. 42 del C. principal), el Dr. OMAR HENRY VELASCO, representante de la Caja, el UNICO HECHO que acepta del libelo es el 3o., el cual está concebido en los siguientes términos:

"3. Según certificaciones oficiales que se acompañan, mi mandante Dulcey L. trabajó en las siguientes dependencias oficiales:

A) CAMARA DEL COMERCIO DEL CAUCA, del 16 de Diciembre de 1942 al 10 de junio, inclusive, de 1955, ó "sean... 12 años, 5 meses, 26 días;

B) SERVICIO DE SALUD PUBLICA DEL CAUCA

C) UNIVERSIDAD DEL CAUCA

"Esta CONFESSION libre y espontánea del Gerente de la Institución demandada, constituye PLENA PRUEBA al tenor de lo preceptuado en el Artículo 607 del C. Judicial.

"La Resolución número 12 de 26 de febrero de 1968, proferida por la Universidad del Cauca, por medio de la cual le negó a CESAR DULCEY LEDEZMA su pensión jubilaria, a más de ilegal, es injusta. Ilegal, por lo que ya se deja visto, pues siendo las Cámaras de Comercio entidades oficiales, sus empleados subalternos tienen, igualmente, el

mismo carácter; e injusta, por cuanto, como consta de autos, mi patrocinado DULCEY LEDEZMA, FUE OBLIGADO A RENUNCIAR EL CARGO, bajo la promesa oficial del Consejo Superior de la Universidad, hecha por escrito, en donde en forma terminante se le dice que debe "proceder a solicitar su jubilación POR REUNIR LOS REQUISITOS LEGALES PARA ELLO", según Oficio que obra a folios 2 del cuaderno de pruebas No. 2.

"Confiado en la palabra de la Universidad, mi poderdante CESAR DULCEY LEDEZMA, en forma obligada y engañosa, renunció el cargo. Y lo hizo de buena fé, creyendo que la Universidad procedería en igual forma. Pero, ¿qué resultó H.H. Consejeros? . Que la Universidad de una plumada, en una pobre providencia, sin ninguna consistencia jurídica, le hizo nugatorio el derecho a mi representado, quebrantando de un tajo las justas aspiraciones como viejo y honesto servidor en las distintas dependencias en donde prestó sus eficientes servicios, aspiraciones que no sólo son las de ese modesto servidor oficial, sino las de todos aquellos que por circunstancias obligadas de la vida se ven forzados a enajenar, por muchos años, su fuerza de trabajo, con el halago - muchas veces incierto y frustrado - de una fementida jubilación".

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:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso-Administrativo del Cauca con fecha dieciocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

En su lugar, se dispone:

PRIMERO. Declárase la nulidad de la Resolución número doce (12) del veintiseis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca.

SEGUNDO. La Universidad del Cauca, reconocerá y pagará al señor CESAR DULCEY LEDEZMA, una pensión mensual de jubilación vitalicia, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los sueldos devengados durante el último año de servicios prestados en esa Entidad, incluyendo la doceava parte de la prima de navidad, y a partir del primero (1o.) de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967).

Las demás entidades en donde laboró el demandante, deberán concurrir al pago de la pensión que se decreta por medio de esta providencia, en la proporción legal correspondiente a cada una de ellas.

TERCERO. La Universidad del Cauca dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término a que se refiere el Artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

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

Después de transcrito el texto completo del anterior proyecto de fallo, que como se dijo al principio de este salvamento, fue negado por la mayoría de la Sala, el suscrito, quiere ratificar, una vez más, sus puntos de vista expresados en él, pues considera que las razones de orden jurídico allí expuestas, con toda amplitud, son suficientes para refutar las que sirven de sustento a las tesis planteadas en la sentencia aprobada por los restantes miembros de la Sala, y que motiva esta Salvedad de Voto.

Alvaro Orejuela Gómez



**DELEGACION DEPARTAMENTAL DEL ESTADO CIVIL
DEL NORTE DE SANTANDER**

**ESTADO DE EMBARAZO. Indemnizaciones a que tiene derecho la mujer
en estado de gravidez en caso de ser despedida sin justa causa.**

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Seccion Segunda

Consejero Ponente: Dr. Nemesio Canacho R.

*Bogotá, D. E., diez de agosto
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Radic. No. 2343.

Autoridades Nacionales.

Consulta de la sentencia de junio 22 de
1974, del Tribunal Administrativo de
Norte de Santander.

Actora: VICTORIA TOZCANO DE
MORA

Consulta al Tribunal Administrativo de Norte de Santander su sentencia de junio 22 de 1974, proferida en el juicio que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado, inició ante esa entidad la señora VICTORIA TOZCANO DE MORA, para obtener las siguientes declaraciones:

“1. Consecuencia lógica de los anteriores hechos, pido se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 016 de junio 7 de 1973 y 023 de junio 14 de 1973, por medio de las cuales se trasladó ilegal e injustificadamente y luego se reemplazó en igualdad de condiciones a mi mandante Victoria Tozcano de Mora, del cargo de Mecnógrafa de la División de Identificación de Menores de la Registraduría Municipal de Cúcuta.

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se reintegre al ejercicio del cargo de Mecnógrafa de la División de Identificación de Menores de la Registraduría Municipal de Cúcuta, a Victoria Tozcano de Mora, hasta tanto sea reemplazada en forma legal.

“3. Que como consecuencia de las nulidades solicitadas de las Resoluciones Nos. 016 y 023 de junio de 1973, emanadas de la Delegación Departamental del Estado Civil del N. de S. se ordene con cargo al Tesoro Nacional, presupuesto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, pagar a Victoria Tozcano de Mora, los sueldos, prestaciones, indemnizaciones y demás auxilios legales, dejados de pagar, desde la separación del cargo, ocurrida con fecha 7 de junio de 1973, hasta el día en que sea restituída al ejercicio del mismo o reemplazada en forma legal, de conformidad con la asignación mensual que venía devengando de mil ochocientos pesos m.c. (\$ 1.800.00) y a las sumas a que tenga derecho con posterioridad a la demanda.

“4. Que se ordene la cancelación de todas las prestaciones sociales correspondientes y que para tal efecto se tenga en cuenta y se compute el tiempo transcurrido entre el 7 de junio de 1973 hasta el día de su reintegro o reemplazo en forma legal”.

El Tribunal resume los hechos de la demanda, de la siguiente manera:

“a) Mediante Resolución No. 025 de 1971, emanada de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en el Norte de Santander, la señora Victoria Tozcano de Mora, fue designada Mecnógrafa de la Agrupación No. 1-Cúcuta, El Zulia, San Cayetano y Villa Rosario, cargo del que tomó posesión el día 11 de enero de 1972, y cuyo último sueldo ascendió a la suma de \$ 1.800.00.

“b) Por Resolución No. 016 del 7 de junio de 1973, se le promovió, en forma interina, al cargo de Registrador Municipal del Estado Civil V de Durania- Segunda Zona, con una asignación mensual de \$ 2.000.00.

“c) Debido a diversos motivos, entre ellos el estado de gravidez en que se encontraba, la actora manifestó que no podía aceptar el traslado,

y en este sentido se dirigió a los señores Delegados solicitándoles la reconsideración de la medida. Con todo, dichos funcionarios no accedieron a la solicitud propuesta, y en oficio calendado el 12 de junio de 1973 así se lo comunicaron.

“d) Con fecha 14 de junio del mismo año, los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en el Norte de Santander expedieron la Resolución No. 023 de 1973, por medio de la cual se reemplazó a la señora Tozcana de Mora, en el cargo de Mecnógrafa de la Registraduría de Cúcuta, por la señorita Leonor Benavides Eslava”.

La parte resolutive de la sentencia consultada dice:

“1. Reconócese a favor de la señora VICTORIA TOZCANO DE MORA una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que liquidará y pagará el Tesoro Nacional, presupuesto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, con base en la suma de un mil ochocientos pesos (\$ 1.800.00), último sueldo devengado por la demandante como Mecnógrafa de la Registraduría de Cúcuta.

“2. Reconócese a favor de la misma demandante la suma correspondiente a la licencia remunerada de ocho (8) semanas, cantidad que liquidará y pagará la entidad nombrada en el punto anterior, con base en el sueldo también estipulado.

“Estos pagos se harán dentro del término que señala el Artículo 121 de la Ley 147 de 1941.

“3. Se niegan las demás súplicas de la demanda.

“4. Si esta providencia no fuere apelada, consúltese ante el H. Consejo de Estado”.

Para resolver se considera:

Para proferir su fallo, el Tribunal hace un minucioso estudio del problema debatido en el presente juicio, que se reduce a establecer si la actora tiene derecho al reintegro al cargo y al pago de las prestaciones que solicita, teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y el 39 del Decreto 1848 de 1969.

Dichas disposiciones rezan:

“Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968.

“Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de una trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo si es empleada.

“Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, el pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado”.

“Artículo 39 del Decreto 1848 de 1969:

“1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

“2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada, por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras oficiales vinculadas por contrato de trabajo.

“Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora”.

En cuanto al restablecimiento del derecho, es decir, el reintegro al cargo que ocupaba, considera el Consejo que no hay lugar, debido a la determinación específica de las indemnizaciones a que tiene derecho, de acuerdo con las normas transcritas.

La Sala comparte en su totalidad los planteamientos del Tribunal y por lo tanto, habrá de confirmar su sentencia.

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,

FALLA:

SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONSULTADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 22 de junio de 1974.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 9 de agosto de 1974.

Nemesio Camacho Rodríguez

Eduardo Aguilar Vélez

Alvaro Orejuela Gómez

Rafael Tafur Herrán

Susana M. de Echeverri
Secretaria

TITULO III
ORDEN MUNICIPAL
CAPITULO PRIMERO
Acuerdos de los Consejos

CONCEJO MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

ACUERDOS APROBATORIOS DE CONTRATOS. Según la naturaleza del contrato, al cual se incorpora el acto de aprobación, será la competencia de la jurisdicción ordinaria o de la contencioso administrativa.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

Sesión del día quince de marzo de 1974

*Bogotá, D.F., veinte de marzo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla

Ref.: 1867

Actor: Alfonso Gómez Castaño

ASUNTOS MUNICIPALES

Mediante providencia del once de septiembre de 1972, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, no se admitió la demanda presentada por el Doctor Alfonso Gómez Castaño, en la cual pide que se declare la nulidad del Acuerdo Número 106 de 7 de diciembre de 1971 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Por medio del acuerdo acusado, se aprobó la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Municipio de Bucaramanga y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los Municipios de Santander.

El actor fundamenta la nulidad del acuerdo en la violación del Artículo 11 del Decreto 49 de 1932 por cuanto en el acto del Concejo no se invocó la norma legal precisa que confiere la facultad ejercida; sino la norma genérica del Artículo 197 de la Constitución Nacional.

En los considerandos de la providencia del Tribunal se cita y acoge la tesis sostenida por el Consejo de Estado en auto de 4 de octubre de 1944, y conforme a la cual los acuerdos aprobatorios de contratos forman parte integrante de éstos. Agrega el Tribunal que el contrato aprobado por el acuerdo cuando no es de naturaleza administrativa y que, por lo tanto, la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para conocer de la demanda instaurada.

En el acto de la notificación, el actor interpuso recurso de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda, pero ni antes de la concesión del recurso ni después indicó las razones para sustentarlo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Efectivamente el acto aprobatorio del contrato, en este caso el acuerdo acusado, constituye con la manifestación de voluntad que le precede, no sólo una unidad formal —en cuanto el texto de lo convenido se incorpora al contenido dispositivo de aquél— sino una verdadera unidad material, por cuanto el acto aprobatorio viene a perfeccionar el consentimiento del ente administrativo. El acuerdo y la manifestación de voluntad precedente integran, pues, una unidad jurídica inseparable, al punto que una vez perfeccionada la concurrencia de las dos voluntades en virtud del acto aprobatorio, el Concejo Municipal no podría disponer por acto unilateral la modificación de lo pactado, so pretexto de ejercer sus atribuciones constitucionales o legales que lo habilitan para derogar o modificar sus propios actos.

Esta unidad jurídica, genera consecuencias jurídicas de muy diversa índole, muchas de las cuales son ajenas a la cuestión que aquí se debate. Pero hay una de orden puramente procesal que concierne directamente al caso. Como las cláusulas acordadas se insertan dentro del acuerdo, de manera que vienen a constituir su contenido dispositivo, vale decir, las normas del convenio se convierten en la normatividad del Acuerdo, de suerte que éste sólo es tal, desde un punto de vista formal, pues si se le considera por su aspecto material, es evidente que la voluntad administrativa no se orienta hacia la producción de efectos jurídicos con prescindencia de cualquier otra volun-

dad, sino hacia el encuentro con otra voluntad, para engendrar conjuntamente con ésta, el contrato.

En términos generales, el acto de aprobación, bien sea con referencia a un acto unilateral, ya sea con respecto a una relación contractual es un instrumento jurídico de perfeccionamiento de la voluntad administrativa, en virtud del cual la voluntad aprobatoria se funde con la voluntad administrativa que le precede, constituyendo un acto complejo, que viene a ser la manifestación acabada de la voluntad de la administración. Sin la aprobación, el acto precedente carece de eficacia jurídica; producida la aprobación se completa el proceso de formación de la voluntad administrativa, como anota Sayagués Laso (Tratado de Derecho Administrativo-Montevideo 1953 T. 1o. No. 370).

Es tan cierto lo anterior en materia de contratos, que la voluntad administrativa expresada antes de la aprobación carece de virtualidad jurídica suficiente para crear siquiera una relación contractual precaria, de tal forma que si se deniega la aprobación, no surge ninguna responsabilidad para la administración. Con la aprobación del contrato queda perfeccionada la voluntad de la administración, se produce su concurrencia con la otra voluntad y surge entonces el contrato.

En el derecho administrativo colombiano es frecuente el fenómeno de dividir la expresión de la voluntad administrativa en relación con los contratos entre órganos diferentes.

Al órgano administrativo al cual incumbe fundamentalmente la actividad de ejecución, se le atribuye la primera fase del proceso volitivo y al órgano legislativo o a la Corporación administrativa con el máximo poder reglamentario dentro de su esfera, se le asigna la facultad de aprobación. Así, en el plano Nacional la aprobación de los contratos que celebre el Gobierno le compete al Congreso (Artículo 76-16 C.N.); en el orden departamental ese atributo corresponde a las asambleas y en lo municipal a los Concejos.

En la esfera de los establecimientos públicos, el director suele iniciar y culminar la primera etapa de la contratación, pero la aprobación se reserva a la Junta o al Consejo Directivo y, en ocasiones, cuando el contrato versa sobre materias de señalada importancia o su cuantía es considerable, los encargados de impartirla son los órganos de la Administración Central, por razón de su función de tutela.

Dice el mismo Sayagués Laso, refiriéndose a la participación de la Rama Legislativa en la celebración de los contratos que "En este caso la Ley es simplemente una expresión de voluntad estatal, manifestada por el órgano legislativo, complementaria de la voluntad de la administración. Esto significa que el acto del Parlamento aprobando el contrato es Ley solamente en el

aspecto formal, siendo por su contenido un acto administrativo de aprobación” (Op-cit- I No. 371), de donde se derivan importantes consecuencias, entre otras, que una Ley posterior no pueda modificar los términos de lo pactado.

Por virtud de la fusión que se produce entre lo aprobado y el acto aprobatorio, éste pierde su individualidad jurídica, la cual se transfiere al complejo resultante, privando la sustancial, el acuerdo de voluntades perfeccionado por el acto aprobatorio, sobre la individualidad formal de éste. Esto tiene especial significación en lo relativo a la naturaleza del contencioso que pueda derivarse de aquella actividad compleja y a la competencia de los órganos jurisdiccionales para su conocimiento. Así por ejemplo, no obstante que la pretensión se proyecte directamente sobre el acto aprobatorio, la controversia no implica un contencioso del acto administrativo unilateral, sino un contencioso contractual. Por ello es preciso penetrar en el examen de la naturaleza del contrato al cual se incorpora el acto de aprobación porque según sea ella, será la competencia de la jurisdicción ordinaria o de la contencioso administrativa. Si el contrato es civil o laboral correspondería conocer del contencioso respectivo a los jueces ordinarios; si es administrativo, a los Tribunales especiales del ramo (Artículos 30-1o. a 32-1o. A y 2o. C) del Decreto 528 de 1964.

Se trata en este caso de un convenio regulado en el Código sustantivo del Trabajo bajo la denominación de Convención Colectiva del Trabajo, por el cual se acuerdan las normas que han de regular la contratación laboral de carácter individual entre el Municipio y sus trabajadores, se señalan de manera general las prestaciones especiales que el municipio reconocerá a éstos, etc. etc. En el convenio no asume el Municipio las calidades inherentes al ente público en función estrictamente administrativa; en él no se consiglan prerrogativas especiales a su favor, con virtualidad suficiente para romper el equilibrio de la contratación, propio del derecho privado; ni su objeto es la prestación de un servicio público por un particular, ni la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien municipal. El Distrito de Bucaramanga ha celebrado una simple convención colectiva de trabajo, como hubiera podido hacerlo una empresa privada. El objeto del convenio no es la relación de derecho público que existe entre el Municipio y sus empleados o funcionarios sino la relación de aquel con otra categoría de sus servidores los llamados simples trabajadores oficiales, que no se cataloga en nuestro derecho positivo como administrativa, sino como de naturaleza laboral.

Para las controversias jurídicas que se susciten por razón de las relaciones que revistan este carácter existe una jurisdicción especial, organizada en los términos del Código Procesal Laboral y normas concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, el contencioso que se deriva de este tipo de relaciones, así sea que la pretensión se vincule directamente al acto

de aprobación, no es de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, sino de los del ramo laboral.

A juicio de la Sala no es aceptable aceptar solamente la teoría del acto complejo cuando se infirma el contenido del acto, más no cuando se cuestiona el acto aprobatorio por vicios u omisiones de forma. El régimen jurídico colombiano en la materia no admite esa dicotomía. En efecto, según el Artículo 73 numeral 1o. del Código Contencioso Administrativo no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa las Resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato.

En virtud del Decreto 528 de 1964, se excluyó del principio exceptivo lo relativo a los contratos administrativos o sea que la excepción se mantuvo en la plenitud de su alcance original, en relación con otro tipo de contratos, como los civiles o los de carácter laboral.

La jurisprudencia reiterada del Consejo desde la expedición del C.C.A. vigente se ha manifestado en el sentido de entender que conforme al Artículo 73 se sustrajo expresamente a la jurisdicción contenciosa administrativa no solamente el régimen de los contratos "sino todo aquello que pueda tener influencia directa en un contrato" (sentencia septiembre 12 de 1945 Anales T.L.V. Nos. 352 a 356, pág. 77). Estimo acertada y conveniente esta interpretación porque con ella se logra unos de los fines a que debe atender de manera prevalente todo régimen procesal: la continencia de la causa. Lo contrario conduce necesariamente, a fórmulas de prejudicialidad que quebrantan gravemente aquel principio y que se traducen en quiebra de otros principios de tanta monta como el de la economía procesal.

Por lo demás la regla del Artículo 73 Numeral 1o., vigente en su integridad para la contratación no administrativa, es lo suficientemente clara porque se refiere a toda clase de actos de la administración que tengan origen en un contrato, y en el caso de autos el Acuerdo tiene su origen en la actividad de naturaleza contractual, que le precede.

Para la Sala tampoco es valedero el argumento en favor de la tesis de la separabilidad del acuerdo y del contrato consistente en aducir la hipótesis del acto de autorización para contratar, como claramente separable del contrato, pues lo cierto es que, una vez celebrado el contrato, éste constituye, con el acto previo de autorización una unidad inseparable o, en otras palabras, que la separabilidad opera hasta antes de la contratación y no después.

Esta ha sido doctrina tradicional del Consejo que la Sala comparte:

"Es innegable que la Resolución acusada se roza íntimamente con un contrato; es la autorización para celebrarlo. Si el Consejo de Estado

abocara el conocimiento del negocio, forzosamente tendría que resolver cuestiones relativas a la validez o invalidez del contrato, porque, como dicen los expositores, las formalidades fiscales y administrativas que se exigen a los funcionarios para contratar equivalen al consentimiento que prestan las personas naturales al obligarse. Y el consentimiento es uno de los elementos intrínsecos y sustanciales en las contrataciones. Pronunciarse el Consejo sobre esas materias sería invadir campos ajenos, con manifiesta usurpación de jurisdicción y provocando conflictos de jurisdicciones, lo cual le está ostensiblemente vedado". (Anales Tomo LV No. 352 a 356).

Tampoco considera la Sala valedero el argumento según el cual el conocimiento por la justicia laboral del acto aprobatorio de un contrato sería violatorio de la Constitución porque ésta atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa el juzgamiento específico de los Acuerdos. Al respecto es preciso tener en cuenta que cuando en el Artículo 192 se prescribe la anulabilidad de los acuerdos de los Concejos Municipales por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se está señalando una regla de competencia sino predicando su obligatoriedad mientras la anulación no se produzca. Salvo precisas excepciones (Artículos 161, 214-216) la Constitución no señala competencias, sino que crea jurisdicciones para que la Ley determine las competencias entre una y otra. Si no se entendiera así la norma, querría decir que del propio Artículo 193 se deduciría que todos los actos de la administración tendrían que ser cuestionables precisamente ante la jurisdicción contencioso administrativa, así se trate de actos que, por su naturaleza no sean administrativos. Y con ese criterio de interpretación de la norma constitucional se llegaría a la conclusión de que el acto aprobatorio de un contrato no administrativo, tendría que ser siempre de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, incluso cuando la pretensión se refiera al contenido del contrato, hipótesis en la cual se acepta la competencia de otras jurisdicciones.

LA TEORIA FRANCESA DE LOS ACTOS SEPARABLES

Esta teoría surgió en Francia como atenuante de la doctrina según la cual los contratos y los actos a ellos vinculados no son susceptibles del recurso de nulidad. Ha considerado el Consejo de Estado Francés que esta teoría debe atemperarse para abrirle cauce a la anulación de ciertos actos de la administración, vinculados con una relación contractual. Pero por la tradicional repugnancia de los franceses al juicio de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre actos de la administración, han optado por la teoría de los actos separables para que el contencioso administrativo pueda decidir sobre la anulación de ciertos actos unilaterales de la administración vinculados a una relación contractual. Pero de toda suerte se trata de una construcción jurídica de carácter excepcional y, como tal, debe ser atendida.

Por ello mismo la propia teoría francesa limita la separabilidad a ciertos tipos de actos de naturaleza muy precisa: unos anteriores y otros posteriores al contrato: *anteriores*

1. Actos de autorización del Concejo para que el alcalde pueda contratar
2. Actos de aprobación de esa autorización emanados de un Prefecto
3. Acto unilateral por el cual el alcalde decide contratar.

Posteriores. Únicamente actos de aprobación por razón del control de tutela y que, por lo mismo no perfeccionan el consentimiento del ente tutelado, sino que condicionan la eficacia o ejecutividad del acto.

No contempla la teoría francesa como acto separable la aprobación por parte de otro órgano de la misma entidad o persona contratante, sino la aprobación por razón del control de tutela que, necesariamente emana de un órgano que hace parte de una persona jurídica diferente a la que contrata. Ello se debe a que el acto de aprobación primeramente indicado es una fase del proceso de expresión del consentimiento o voluntad del ente público que contrata y, por lo mismo inseparable, "por esencia" del contrato; en cambio el acto de aprobación en ejercicio del control de tutela, en cuanto emana de una persona pública, diferente a la que contrata, no perfecciona el consentimiento de ésta, sino que apenas condiciona su ejecutabilidad o su eficacia.

Por otra parte, si el contencioso es de orden contractual, a pesar de que el contrato pueda considerarse como administrativo, no podrían provocarlo sino las partes ligadas por la relación sustancial, salvo el caso de la pretensión de nulidad absoluta (Artículo 2o. Ley 50 de 1936-Artículo 1741 del C.C.), cuya declaratoria pueden pedir el Ministerio Público, en interés de la moral y de la Ley, y hasta un tercero, pero que acredite un interés jurídico. De suerte que ni aún en esta hipótesis cualquier persona podría ejercer la acción de nulidad. Esta misma Sala ha sustentado en varias ocasiones esta doctrina que tiene el más firme respaldo en nuestro derecho positivo.

Como en el caso, "*sub-judice*" el actor tampoco acreditó el interés público que la Ley exige como presupuesto del ejercicio de la acción, habría que concluir que, por este concepto también debe rechazarse su demanda.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), CONFIRMA la providencia recurrida.

Remítase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Galindo Piaila

Jorge Dávila Hernández

Con Salvamento de Voto

Gonzalo Vargas Rubiano

Conjuez

Alfonso Araago Henao

Humberto Mora Osejo

Con Salvamento de Voto

Jorge A. Torrado Torrado

Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Expediente No. 1867

Los suscritos consejeros discrepamos con todo respeto de la decisión adoptada por la mayoría tanto en su parte motiva como en la resolutive por los argumentos que expondremos en seguida.

El doctor Alfonso Gómez Castaño pidió al Tribunal Administrativo de Santander que declare la nulidad del Acuerdo No. 106 de fecha 7 de diciembre de 1971 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga por considerarlo violatorio del Artículo 11 del Decreto No. 49 de 1932. El Tribunal no admitió la demanda en providencia del 11 de septiembre de 1972 por considerar que los acuerdos aprobatorios de los contratos hacen parte integrante de estos y que por consiguiente en el caso *sub judice* su conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral. La providencia de la cual discrepamos acoge este criterio y confirma la del Tribunal. Nosotros consideramos por el contrario que el mencionado Tribunal es competente para conocer en primera instancia y que en consecuencia la Sala debió revocar el auto objeto del recurso de apelación y disponer que se admita la demanda según los siguientes motivos:

El Acuerdo No. 106 de 1971 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga aprueba la convención colectiva celebrada entre el Municipio del mismo nombre y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los Municipios de Santander. Por consiguiente, por razón del órgano que lo dictó, es un acto administrativo de carácter municipal, susceptible de infirmarse ante la jurisdicción contencioso administrativa como clara, específica y expresamente se deduce que los Artículos 192 y 194 de la Constitución que rezan textualmente:

“Artículo 192. Las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o

suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo". (Subrayamos).

Obsérvese como la norma transcrita no sólo alude a la obligatoriedad de los acuerdos sino también a la posibilidad de su suspensión o anulación "por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

El Artículo 194 de la Constitución determina las atribuciones del Gobernador y el Ordinal 8o. le señala la específica de "revisar los actos de los Concejos Municipales y los de los Alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros al Tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad" (también subrayamos). Si el Artículo 192 de la Constitución prescribe que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la legalidad de los acuerdos y si el Artículo 194 *ibidem* alude al "Tribunal competente", es obvio que se trata del órgano de la misma jurisdicción con competencia para ello, específicamente, de conformidad con el Artículo 54, Ord. 3o., del C.C.A., el correspondiente Tribunal Administrativo; en el caso *sub-judice*, es el de Santander.

2. De lo expuesto anteriormente se deduce que el Acuerdo No. 106 del 7 de diciembre de 1971, según la Constitución, es en sí mismo un acto administrativo complejo, en cuanto para su existencia requiere el concurso esencial de las decisiones del Concejo y del Alcalde de Bucaramanga; además, puesto que la Constitución atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las acciones que se propongan contra los acuerdos municipales, como también de las objeciones del Gobernador contra los mismos por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, es evidente que son separables de cualquier otro acto celebrado mediante su autorización o aprobación, como la convención colectiva de que se trata, para efecto de examinar su juridicidad. De ahí que consideremos que, según la Constitución, la acción contra el mencionado acuerdo es del conocimiento de esta jurisdicción, específicamente, del Tribunal Administrativo de Santander, en primera instancia (Artículo 54, Ord. 3o., del C.C.A.).

3. Este criterio, que en el caso *sub-judice* se deduce necesaria e incuestionablemente de la Constitución, ha sido consagrado por la doctrina bajo el concepto de "actos separables", en el sentido de que, contra los actos "de carácter unilateral que hayan concurrido a la formación de un contrato", puede promoverse la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en forma separada o diferente de las controversias que versan sobre el contrato mismo, de manera que, respecto de aquéllos, exista la posibilidad, como sucede en el caso *sub-judice*, que toda persona puede pretender que prevalezca la legalidad, mientras que en cuanto a éste sólo las partes contratantes, sus causahabientes o el Ministerio Público pueden pedir su nulidad por objeto ilícito. "Por ejemplo - afirma Vedel-, el Concejo

Municipal debe autorizar al Alcalde para celebrar un contrato: esta decisión puede ser sometida a la aprobación del Prefecto; el Alcalde celebra el contrato y, en ciertos casos, éste debe ser aprobado por el Prefecto. Se puede considerar que cada una *de estas decisiones*, que concurrió a la formación del contrato, *es en sí mismo un acto unilateral* (nosotros subrayamos), susceptible de la acción de nulidad. . . ” (George Vedel, *Droit Administratif*, Pág. 550). Como se observa, la doctrina francesa no supedita el concepto de los “actos separables” de los contratos al mero control de tutela, sino que lo funda en la consideración de que, los actos unilaterales de la Administración, que concurrieron a la “formación del contrato”, *pueden separarse* de éste y ser sometidos, mediante la acción de nulidad, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa para que prevalezca, en cuanto a ellos, el principio de legalidad; del mismo modo, si un acto unilateral desconoce “las cláusulas ‘reglamentarias’ de un contrato sobre la organización de un servicio”, según el mismo criterio doctrinal, también se lo puede infirmar, mediante acción de nulidad, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (Vedel, *Op. Cit.* 583). De ahí que De Laubadere afirme, refiriéndose a la improcedencia de la acción de nulidad contra los contratos, que ella tiene límites, en cuanto “la jurisprudencia admite en efecto la *teoría de los actos separables* según la cual *las decisiones administrativas unilaterales* (el autor subraya) que pueden ser aisladas de la conclusión misma del contrato en el conjunto del procedimiento contractual, son susceptibles de ser acusadas directamente ante el Consejo de Estado”, entre las cuales menciona, por vía de ejemplo, a las que ordenan celebrar el contrato y a *las que lo aprueban* (André de Laubadere, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, Tomo I, Pág. 459). Rivero también afirma la posibilidad de promover la acción de nulidad contra los “actos separables”, considerados como tales por su “individualidad” en relación al contrato, con la circunstancia de que “su anulación no tiene incidencia directa sobre el contrato mismo”. (Jean Rivero, *Droit Administratif*, Pags. 214 y 215).

4. Este mismo criterio fue sustentado por la mayoría de la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 18 de abril de 1969 relativo a un caso semejante, con base en la doctrina de los actos separables. Ahí se afirmó que la nulidad de estos puede pronunciarse por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la validez misma del contrato, mientras no sea declarada su nulidad por el juez competente.

5. Este régimen es aplicable al *acto de extensión* de la convención colectiva, en el caso a que se refiere el Artículo 472 del Código Sustantivo del Trabajo, “en todo o en parte, a las demás empresas de la misma industria de esa región, que sean de igual o semejante capacidad técnica y económica, pero siempre que en dichas empresas no existan convenciones que consagren mejores condiciones para los trabajadores”; si se llegare a considerar que el acto por el cual se dispone la extensión de la convención colectiva de trabajo

es ilegal, por cualquiera de sus extremos, de la acción correspondiente es competente para conocer el Consejo de Estado, de conformidad con el Artículo 34, Ord. 10o., del C.C.A., por provenir del Gobierno y, de todos modos, en el peor de los casos, de un órgano o funcionario de la Administración: es, pues, *un acto separable* de la convención misma, que tiene por objeto hacerla extensiva", "en todo o en parte, a las demás empresas de la misma industria de esa región", pero cuya legalidad debe ser verificada por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así también lo ha entendido la jurisprudencia del país, como en auto de la Sala de Casación Laboral de la Corte del 18 de diciembre de 1962 (D. del T. Vol. xxxvii, núms. 217-219, pág. 77, Cit por Ortega Torres), al afirmar que si se considera que un acto del Gobierno, dictado con base en el Artículo 472 del C. S. del T., es ilegal, lo indicado no es abstenerse de cumplirlo, sino "acudir a la autoridad competente solicitando su nulidad". Del mismo modo, la doctrina sostiene que la regularidad de un *acto de extensión* de una convención colectiva "no puede ser apreciado, con toda evidencia, sino por el juez administrativo"; pero que, "si con ocasión de este juzgamiento, se discute la interpretación o la validez de la convención, el juez administrativo, colocado ante un problema de prejudicialidad, debe abstenerse de proveer", mientras no se resuelva (G. M. Camerlynck y Gerard Lyon-Caen, *Droit du Travail*, Pág. 500 y 501). De manera que, en conclusión, la convención colectiva y el acto de extensión son separables, por lo mismo, del conocimiento, respectivamente, de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa, sin perjuicio de que, en las controversias que sobre ellos se susciten, se presenten, como sucede con las demás ramas del derecho, problemas de prejudicialidad, que se explican por la existencia de diversas jurisdicciones, con competencias específicas, que no es dable al intérprete tratar de modificar o suprimir, así sea por economía procesal, la cual sólo es procedente en los casos y dentro de los límites señalados por la Ley, no cuando con ella se violan, como en el caso *sub-judice*, los principios constitucionales que postulan la especialidad de las jurisdicciones y que los funcionarios públicos, contrariamente a lo que sucede con los particulares, sólo pueden hacer aquello que les está permitido (Artículos 20, 63 y 164 de la Constitución).

6. Por consiguiente, si el Acuerdo No. 106 de 1971 del Concejo Municipal de Bucaramanga es distinto y separable de la convención que aprueba, bien podía ser acusado, como sucedió en este caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante acción de nulidad por cualquier persona, con el objeto de que prevalezca la legalidad. Pero, aún si se acepta, en gracia de discusión, el criterio de la mayoría en el sentido de que la convención y el acuerdo, como acto administrativo complejo, son inseparables, tampoco estamos de acuerdo con la providencia de que disintimos en cuanto afirma, como criterio adicional para confirmar el auto del Tribunal, que el actor no demostró el interés legítimo para promoverla, porque, si considera que de ella debe conocer el juez laboral, mal se puede exigir,

contradictoriamente, que se demuestre, ante esta jurisdicción, el interés legítimo para promover la acción.

7. Además, dada la índole de la convención colectiva, no siempre es indispensable infirmar todos los actos que la constituyen; así, por ejemplo, en relación con el acto que la haga extensiva, como se ha indicado, a empresas que inicialmente no quedaron regidas por ella, nada obsta para que contra él se promueva acción de nulidad, por violación de la Ley, con el solo objeto de que prevalezca el orden jurídico, a pesar de que la convención, en sí misma considerada, no está afectada de ningún vicio o irregularidad susceptible de invalidarla; en el mismo orden de ideas, cualquiera otra persona, no contratante, podría promover acción contra el mencionado acto, con el fin de impedir que la convención colectiva se extienda a otra u otras empresas. Pero exigir, como se deduce de la providencia de que disintimos, que de todos modos se debe infirmar la convención conjuntamente con los demás actos que contribuyeron a formarla, sería tanto como hacer indispensable, en el ejemplo propuesto, que primero se acepte la extensión de la convención, para luego pedir su anulación, así ésta no adolezca de ningún vicio susceptible de invalidarla y aunque el actor sólo acuse el acto de extensión. En otros términos, esto equivaldría a exigir, paradójico y contradictoriamente, que se acepte el acto de extensión que se refuta ilegal, para después pedir la nulidad de la convención, aunque ésta no sea ilegal, con el fin de impedir que aquél pueda regir. Consideremos que, en este caso, lo acertado es admitir que contra el acto de extensión, que en cuanto a las nuevas empresas es parte constitutiva de la convención, es procedente la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la que pueda promoverse contra la convención misma.

8. También discrepamos de la providencia de la mayoría en cuanto afirma que el Ord. 1o. del Artículo 73 del C.C.A. está vigente, salvo en cuanto se relaciona con contratos administrativos, porque el Artículo 20 del Decreto-Ley No. 528 de 1964, lo subrogó al disponer textualmente:

“Artículo 20. La jurisdicción contencioso administrativa está instituída para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurren con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2o. y 3o. del Artículo 73 de la Ley 167 de 1941”.

En consecuencia, los actos administrativos previstos en el Ord. 1o. del Artículo 73 del C.C.A., por virtud de lo expuesto en el transcrito Artículo 20 del Decreto-Ley No. 528 de 1964, quedaron comprendidos entre los acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Además, aún aceptando en gracia de discusión el aserto de la mayoría, de todos modos, si un acto administrativo es separable de un contrato, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de éste, es acusable ante la jurisdicción contencioso-administrativa; del mismo modo, si un acto administrativo, por ejemplo un acuerdo municipal, viola o desconoce un contrato civil, comercial, administrativo o laboral, el acto es también acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La conclusión. En conclusión de todo lo expuesto, consideramos que la Sala debió revocar el auto objeto del recurso de apelación y disponer que se admita la demanda.

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

Fecha *ut supra*

CONCEJO MUNICIPAL DE SANTA MARTA

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS. Es de carácter nacional. Los Concejos Municipales no están autorizados para crearlo.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., dos de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz

Ref.: Expediente No. 2791

El Tribunal Administrativo del Magdalena, en auto del 15 de noviembre de 1973, no accedió a suspender provisionalmente el Artículo 3o. del Acuerdo 21 de 1973, expedido por el Concejo de Santa Marta, medida cuya adopción le había solicitado el doctor Raúl H. Sánchez M., quien considera que ese precepto quebranta ostensiblemente los Artículos 171, Ordinal 9, del Código de Régimen Político y Municipal y 7o. de la Ley 12 de 1932.

En virtud de apelación interpuesta por el demandante, corresponde ahora a esta Sala resolver de plano sobre la procedencia de la suspensión provisional impetrada.

El acto materia de impugnación dice así:

“Grávese (sic) a los Teatros de la ciudad y al Rodadero de Gaira, con la suma de cincuenta céntavos (\$ 0.50) por cada boleta de entrada que vendan. El producto del gravamen de que trata este Artículo se destinará al sostenimiento del “Cuerpo de Bomberos Voluntarios” de Santa Marta.

“Parágrafo. Autorízase al señor Alcalde para reglamentar el presente Artículo, a fin de que, el “Cuerpo de Bomberos Voluntarios” de Santa Marta reciba directamente de los teatros los dineros que por concepto de este gravamen se recauden”.

Por su parte, el Artículo 7o. de la Ley 12 de 1932 estableció un impuesto equivalente al 10% del precio de las boletas de entrada a toda clase de espectáculos públicos y el Artículo 171, Ordinal 9, del Código les prohíbe a los Concejos crear impuestos sobre objetos ya gravados por la Nación o por el Departamento, salvo autorización expresa para hacerlo en un caso determinado.

No cabe duda de que el impuesto de espectáculos públicos creado por la Ley 12 de 1932 es de carácter nacional, ya que su origen directo es una determinación del Congreso adoptada por Ley y no un acto de Asamblea o de Concejo que instituya el cobro local de un tributo con fundamento en una previa autorización del legislador, que vendría a ser en tal hipótesis el origen indirecto de ese gravamen, el cual sería entonces de carácter departamental o municipal según que fuera establecido por Ordenanza o por Acuerdo.

Y es indudable también que las boletas de entrada a los espectáculos públicos son un objeto gravado por la Nación con el impuesto de que trata el Artículo 7o. de la Ley 12 de 1932, cuyo carácter de nacional se encuentra reforzado por el Artículo 3o. de la Ley 33 de 1968 que les cedió a los municipios a partir del 1o. de enero de 1969 el producto de este gravamen, desde luego que la cesión habría sido supérflua o inane si de antemano el impuesto hubiera sido una renta municipal.

Y como el Artículo 171, Ordinal 9, del Código de Régimen Político y Municipal, (revocado por el demandante,) les prohíbe a los Cabildos gravar objetos ya gravados por la Nación, resulta evidente que el acto acusado infringe esa prohibición al establecer un nuevo impuesto sobre las boletas de entrada a los teatros, ya que tampoco aparece ninguna Ley que, por vía de excepción, autorice expresamente a los concejos para crear tal gravamen.

Nada más cabe añadir para encontrar necesario que se suspenda provisionalmente la norma impugnada, previa revocatoria del auto recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Revócase el auto apelado y, en su lugar, se suspende provisionalmente el Artículo 3o. del Acuerdo 21 de 1973, expedido por el Concejo de Santa Marta, objeto de la presente acción. Así debe comunicarlo en legal forma el Tribunal Administrativo del Magdalena.

2. Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 2 de Mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

CONCEJO MUNICIPAL DE PEREIRA

ACUERDOS MUNICIPALES. Alcance del Artículo 11 del Decreto Reglamentario No. 49 de 1932. Si bien lo previsto en este Artículo tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un Acuerdo. (Cambio de jurisprudencia).

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

(Aprobado en sesión del día once de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

*Bogotá, D.E., once de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández

*Ref.: Expediente No. 1950
Actor: Antonio Ocampo Ramos
Apelación sentencia de 6 de
Dbre. de 1972 del Tribunal
Administrativo de Risaralda*

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora, contra la sentencia de fecha 6 de diciembre de 1972 por medio de la cual el

Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda decidió la primera instancia del presente juicio.

Antecedentes del recurso. El doctor Antonio Ocampo Ramos, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, en demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda solicitó:

“Que, previa la sustanciación correspondiente, decrete por sentencia la NULIDAD de los siguientes acuerdos del Concejo Municipal de Pereira:

1. “ACUERDO NUMERO SIETE (7). De Noviembre 17 de 1961. Por el cual se modifica la Constitución y Organización de la *Junta Directiva* de las *Empresas Públicas de Pereira* y se dictan otras disposiciones”.

2. “ACUERDO NUMERO VEINTIDOS (22). De julio 3 de 1963. por el cual se modifica el Estatuto que rige la Administración del Establecimiento Autónomo denominado “*Empresas Públicas de Pereira*”.

3. “ACUERDO NUMERO NOVENTA Y TRES (93). De noviembre 18 de 1970. Por medio del cual se modifica el acuerdo No. 22 de 1963”.

4. “ACUERDO NUMERO NUEVE (9). De enero 24 de 1971. Por medio del cual se modifica el estatuto que rige la administración del establecimiento público autónomo denominado “*Empresas Públicas de Pereira*”.

Normas violadas y concepto de violación. El demandante afirma, en síntesis, que los acuerdos acusados son violatorios de los Artículos 9o., 10o., y 11o. del Decreto 49 de 1932 “. . . ya que ninguno de ellos cita las materias sobre que versa, ni anuncia el número y el año de los estatutos cuyas normas aclara, adiciona, modifica, reforma o deroga, como lo exigen los Artículos 9 y 10 y menos indica o cita precisamente la disposición que le confiere al Concejo la facultad para expedir el respectivo acuerdo como lo manda el Artículo 11.”

Además y en relación con los Acuerdos números 93 de 1970 y 9 de 1971, el actor los considera violatorios del Artículo 197 de la Constitución Nacional, en cuanto fueron expedidos sin que mediara la iniciativa del Alcalde. “El concepto de la violación de esta norma dice el demandante se hace evidente en los acuerdos referidos porque si la norma constitucional reserva a

los alcaldes la iniciativa para crear o dar existencia legal a los establecimientos públicos del orden municipal es claro que también a ellos está reservada la iniciativa de todo cuanto tenga que ver con la existencia de tales entidades y su modificación o cambio orgánico no puede asumirla de modo exclusivo el concejo sin pasar por encima de la norma constitucional en mención”.

La parte impugnadora. El doctor Alfonso Gutiérrez Millán se constituyó en parte impugnadora y en escrito que obra al folio 1 y ss. del cuaderno número 3 se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando, en síntesis, lo siguiente:

1. Al expedir el Gobierno el decreto reglamentario 49 de 1932 se excedió en la potestad reglamentaria, en cuanto señaló normas para el funcionamiento de los Concejos Municipales que le corresponde dictar al Congreso.

2. La aplicación mecánica del Artículo 11 del Decreto 49 conduciría a desconocer las competencias de origen constitucional y legales propias de los Concejos, con grave quebranto del régimen institucional y en aras de un formalismo que no consulta el espíritu de la Ley.

3. La experiencia enseña que son innumerables los casos en que los Concejos dicen proceder en uso de sus facultades legales, sin precisarlas, y así han expedido acuerdos sobre las diversas materias que están sometidas a las regulaciones de orden municipal, creándose un verdadero “error común” con las consecuencias que a tal situación jurídica se le atribuye desde el antiguo derecho romano. El desconocimiento de esta realidad, mediante la anulación de las disposiciones de carácter municipal así expedidas, antes que salvaguardar el orden jurídico, crearía un verdadero caos en la administración municipal y, para el caso de autos la grave consecuencia de dejar acéfala la administración y dirección de las Empresas Públicas de Pereira.

La sentencia apelada. El Tribunal de instancia, al hacer el análisis de los actos acusados a la luz de las disposiciones invocadas, por la demanda, se pronuncia así:

“Los acuerdos tachados por el doctor Ocampo Ramos, analizados uno por uno, adolecen de las siguientes omisiones:

“El número siete (7): lleva en su introducción el número de orden y el año, pero en cambio de la fecha de la sanción ejecutiva, que fue el 28 de diciembre de 1961, se anotó la de expedición, se aludió a la materia que él contempla, pero los actos modificados se señalaron en su Artículo 9o. y no en el encabezamiento; y, finalmente, no se hizo mención especial de la norma que confiere facultad a los Concejos de dictar esta clase de actos, violando así el Artículo 11 del decreto 49 de 1932;

“El No. veintidos (22): lleva el número de orden y el año, y la fecha de su sanción coincide con la de expedición y con la de publicación: todo se hizo el 3 de julio de 1963; la materia sobre que versa se dió a conocer, pero los estatutos modificados se mencionaron en su Artículo 8o. y no en el encabezamiento: finalmente, no se citó la disposición que autorizaba el acto, razón por la cual se infringió también el mismo Artículo 11 del decreto 49 ya citado;

“El No. noventa y tres (93): expedido el 18 de noviembre de 1970, no será objeto de estudio por cuanto fue declarado ya inexecutable por decisión del Tribunal de febrero 19 de 1971, según hay constancia en el juicio; y,

“El No. nueve (9): lleva el número de orden y el año, pero habiendo sido sancionado por el Presidente del H. Concejo el 2 de febrero de 1971, lleva como fecha la de expedición: la materia en él contemplada está expresamente mencionada en la introducción, sin haberse hecho referencia a los actos que se aclaran, reforman o derogan, ni al principio ni al fin del acuerdo; finalmente, lleva la fórmula genérica: “El Concejo Municipal de Pereira, en uso de sus atribuciones legales”, sin citar concretamente ninguna, con desconocimiento y violación del ameritado Artículo 11 del aludido decreto reglamentario 49 de 1932.

“Estas observaciones nos llevan ineludiblemente a la conclusión de que los tres acuerdos sometidos a estudio vulneran por lo menos la regla contenida en el dicho artículo 11, lo que ocasiona la nulidad de cada uno de ellos, toda vez que él es de obligatorio cumplimiento en todas las ocasiones que se expidan acuerdos, sin que pueda afirmarse que exista una sola excepción a este mandato de carácter general y absoluto. Registrada y comprobada la omisión que acarrea tan grave consecuencia, poco más puede agregar la Sala, como no sea las transcripciones de las siguientes jurisprudencias del H. Consejo de Estado sobre el particular”.

A continuación transcribe el Tribunal las sentencias del Consejo de 11 de agosto de 1969 y 25 de abril de 1970, en las cuales ésta Corporación sienta la rígida tesis de que la falta de cita de las disposiciones legales con base en las cuales se dictan los acuerdos, es causal de nulidad de éstos por omisión de lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932. (Anales Julio/agosto 1969. Pág. 130; Anales 425 de 1970, Págs. 252 y ss.)

Concepto fiscal. El señor Agente del Ministerio Público en su vista de fondo, al referirse al fallo de primera instancia, expone:

“No obstante los planteamientos que hace el fallador de primer grado, y de las disposiciones y jurisprudencias que respaldan sus conclu-

siones. esta Fiscalía, en discrepancia con lo resuelto al respecto tanto por el Tribunal como por el H. Consejo de Estado, considera que no toda violación de carácter formal puede constituirse en causal de nulidad.

“No puede negarse que el Decreto 49 de 1932 exige el lleno de una serie de requisitos en la presentación de los acuerdos municipales, pero en parte alguna se establece que la omisión de uno o de varios de ellos vicia de nulidad el acto correspondiente.

“Se habla allí de colocar dentro de un paréntesis, debajo del número de orden y el año, “la fecha de la sanción ejecutiva”. Esta exigencia nada tiene que ver con la formación misma del acuerdo municipal.

“En los actos acusados en lugar de paréntesis se utilizaron guiones, con lo cual claramente se omite darle cumplimiento a lo prescrito en el Artículo 9 del Decreto aludido. A pesar de no poderse negar esta omisión, ridículo sería siquiera pensar que ello pueda acarrear alguna nulidad.

“Sobre este punto nada dijo el Tribunal en el fallo recurrido, pero en cambio sí tuvo en cuenta el hecho de que no se hiciera alusión a la materia, objeto de los acuerdos, en algunos de sus Artículos y no en “el encabezamiento”. Respecto de los distintos acuerdos acusados se advirtió expresamente que “no se hizo mención especial de la norma que confiere facultad a los Concejos de dictar esta clase de actos, violando así el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932”. (fol. 53).

“Lo grave, en concepto de esta Fiscalía, no estaría en no decirlo sino en no tener la facultad para ello.

“Muy respetables son los argumentos que se esgrimen en las jurisprudencias que se transcriben en la sentencia apelada, pero valdría la pena recapacitar en esta oportunidad si la dinámica del derecho no aconseja obrar con mayor elasticidad en la interpretación de las normas legales. Parece que la época actual es muy distinta a la precedente en la que era bien de recibo lo que con ingenio interpretó uno de nuestros más conocidos vates: “Sacrificar un mundo para pulir un verso”.

“La interpretación que la jurisprudencia le ha dado a estas normas, de carácter secundario, no está de acuerdo con el avance publicístico del derecho, pues lo contrario sería rendir culto a etapa, ya superada, del proceso formulario dentro del cual es bien conocido el caso del campesino que perdió su pleito porque al reclamar su derecho olvidó recitar estrictamente la fórmula que se le dió, y en lugar de la palabra

“árboles” empleó la de “vides” que era la que correspondía al objeto real de su reclamación.

“Ninguno de los requisitos que, respecto de los acuerdos acusados, tuvo en cuenta el Tribunal de Risaralda, tiene carácter esencial y por lo mismo su omisión no debe implicar la inexistencia del acto mismo.

“Supuesto lo anterior, es preciso partir de la base de que antes de la Reforma Constitucional de 1968 y conforme a la autorización legal ya existente, los Concejos Municipales estaban facultados para la creación de Empresas Públicas Municipales, como establecimientos públicos descentralizados, Esta facultad creativa, lógicamente incluía la de aprobar y modificar sus correspondientes reglamentos”.

Y, en lo que respecta a la violación del Artículo 197 de la Constitución Nacional por parte de los acuerdos números 93 de 1970 y 9 de 1971, encuentra fundado el cargo formulado por el actor, en cuanto las modificaciones introducidas por tales acuerdos a la Junta Administradora de las Empresas Públicas de Pereira, requerían de la previa iniciativa del Alcalde Municipal, por lo cual considera que debe declararse la nulidad del segundo de los acuerdos citados, ya que, en relación con el primero, el Tribunal se había pronunciado con antelación al fallo apelado, según se lee en la parte considerativa del mismo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Tramitada la instancia sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto, previas las siguientes consideraciones.

VIOLACION DE LOS ARTICULOS 9o. a 11o. DEL DECRETO 49 de 1932.

Del cuidadoso análisis de los actos acusados hecho por el Tribunal *a-quo* se viene en conclusión que la única tacha de las formuladas por el actor que queda en pie, en cuanto al quebranto de lo previsto en los Artículos 9o. a 11o. del Decreto reglamentario número 49 de 1932, es la relativa a no haber citado el Concejo de Pereira en el texto de los acuerdos y en forma “precisa”, la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos.

Esta Sala considera, en acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, que una omisión de carácter eminentemente formal, como la apuntada, que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo. Distinta sería la situación si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se

proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expide el acto o bien, cuando significa que la omisión de un requisito substancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostenta la informalidad que se comenta y que, ellas sí, harían anulable el acto por su propio contenido material.

De otra parte, se torna aún más intrascendente la omisión que se analiza, si se toma en consideración el principio de que la Ley se presume conocida por los gobernados (Artículo 56 del C de R. P. y M., y Artículo 9o. del C. C.), presunción que abarca el conocimiento de las normas que establecen las materias sobre las cuales tienen competencia los Concejos Municipales para la administración de los asuntos locales y cuya transgresión implica la nulidad de los actos que expidan.

Cabe anotar que la Constitución no exige respecto de las Leyes que expide el Congreso el cumplimiento de formalidades como la contenida en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932, para los acuerdos, sin que en ello se haya visto obstáculo o impedimento alguno para el cumplido ejercicio de la acción de inexecutable en orden a salvaguardar la integridad de la Carta. A similar conclusión se llega en el ámbito de las normas de carácter municipal, frente a las cuales puede ejercerse la acción de nulidad, sin que la guarda de la legalidad sufra menoscabo alguno por haber incurrido un Concejo Municipal en la omisión de que se trata.

Las anteriores consideraciones, unidas a las expresadas por el señor Fiscal Primero de la Corporación, llevan a la Sala a concluir que si bien lo previsto en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932 tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un acuerdo.

En los anteriores términos la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, modifica la jurisprudencia existente en cuanto al alcance del Artículo 11 del Decreto 49 de 1932.

VIOLACION DEL ARTICULO 197 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

El cargo se hace consistir en que el Concejo no actuó por iniciativa del Alcalde, al expedir el acuerdo número 9 de 1971, con quebranto de lo dispuesto en el Ordinal 4o. del Artículo 197 de la Carta que condiciona la creación de los establecimientos públicos del orden municipal, así como las modificaciones que se introduzcan en su estructura, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia, a la propuesta previo del alcalde.

Por medio de auto para mejor proveer, la Sala solicitó del Presidente del Concejo de Pereira que certificara sobre quien había presentado el proyecto

de Acuerdo número 9 de 1971, obteniéndose la certificación que obra al folio 89, cuyo texto reza:

“Que consultando el Archivo del H. Concejo Municipal de Pereira aparece el en aquel entonces H. Concejal de la ciudad, Doctor Gustavo Orozco Restrepo, presentando a la consideración de la Corporación Edilicia el Proyecto de Acuerdo que después habría de convertirse en el Acuerdo No. 9 de enero 24 de 1971. “Por medio del cual se modifica el estatuto que rige la Administración del Establecimiento Público Autónomo denominado Empresas Públicas de Pereira”.

De la certificación transcrita aparece que, como lo afirma el demandante, el proyecto del Acuerdo No. 9 de 1971 no fue presentado a iniciativa del Alcalde, con violación del Artículo 197-4 de la Constitución que establece tal exigencia, disposición que fue violada al expedirse en tales circunstancias el acuerdo en cuestión.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada en cuanto declara la nulidad del Acuerdo número nueve (9) de 1971, expedida por el H. Concejo Municipal de Pereira y REVOCASE en todo lo demás, y por consiguiente, se niegan las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

Eduardo Aguilar Vélez
Presidente

Alvaro Orejuela Gómez

Jorge Dávila Hernández

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Arango Henao

Oswaldo Abello Noguera

Carlos Galindo Pinilla

Humberto Mora Osejo

Alfonso Castilla Sáiz

Juan Hernández Sáenz
Con Sufragio de Voto

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Carlos Portocarrero Mutis

Gustavo Salazar Tapiero

Rafael Tafur Herrán

Gabriel Rojas Arbeláez

Hernando Franco R.
Secretario

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO
JUAN HERNANDEZ SAENZ**

*Ref.: Expediente No. 1950
Actor: Antonio Ocampo Ramos*

Dentro del mayor respeto por la opinión mayoritaria de la Sala Plena, hago a continuación un breve esquema de las razones jurídicas de mi disenso con el fallo que antecede:

1. De lo preceptuado por el Artículo 20 de la Constitución surge el principio de que así como a los particulares les está permitido hacer todo lo que no les haya sido prohibido expresamente por la Ley, a las autoridades sólo les es lícito hacer lo que la Constitución, las Leyes u otras reglas de derecho pertinentes les hayan atribuido de manera expresa.

Y como los Concejos son cuerpos administrativos del orden municipal, es decir tienen funciones públicas, rige para ellos aquel mismo principio, hasta el punto de que la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal, entre otros estatutos, los recuerdan en varias disposiciones que sólo pueden obrar dentro del marco de la Carta, las Leyes y las Ordenanzas, en su caso, o sea en ejercicio de facultades que de manera expresa se les hayan otorgado.

2. Nada nuevo añade entonces en esta materia lo estatuido por el Artículo II del Decreto 49 de 1932 al exigirles a los Cabildos que cuando vayan a expedir algún Acuerdo citen el precepto de orden superior que los faculte para obrar.

Se trata apenas de recoger en un texto expreso el principio que fluye de la Constitución y de las Leyes y conforme al cual la competencia de los Concejos es subalterna o reglada, a diferencia de lo que acontece con el Congreso que es el cuerpo legislativo soberano de la Nación, sujeto únicamente en su obrar a los ordenamientos constitucionales.

La exigencia hecha a los Concejos por el Artículo II es pues únicamente una garantía para el ciudadano frente a los actos de la autoridad, que cuando cita el precepto que la autoriza para obrar le indica a las gentes de dónde surge el poder que ejerce; e invita al Cabildo a la vez tal exigencia a

reflexionar en cuanto a sus funciones para precaverlo de incurrir en arbitrariedad por ligereza, descuido o negligencia en la expedición de Acuerdos sin tener la competencia para hacerlo.

3. Si como queda visto, es evidente la legalidad del Artículo 11 del Decreto Reglamentario 49 de 1932, resulta más claro todavía que si al expedirse un Acuerdo se omite su observancia, es decir no se citan las normas que facultan al Cabildo para dictarlo, el Acuerdo es anulable por quebrantar un texto de superior jerarquía, el Artículo 11, e inclusive puede pensarse también que tal omisión implica además un vicio de forma en la expedición del Acuerdo que lo haría anulable asimismo por este aspecto, ya que inclusive respecto de las Leyes la Corte Suprema de Justicia ha predicado su inexequibilidad cuando se ha incurrido en violación de los trámites formales previstos en la Carta para expedirlas.

4. Si a las reflexiones anteriores se añade la consideración de que el Municipio es la entidad política y administrativa de más cercana relación con los gobernados porque corresponde siempre al lugar de su vecindad y, de consiguiente, es la persona pública que en forma más grave y directa puede vulnerarles sus derechos civiles y patrimoniales, fácil resulta comprender que la exigencia hecha a los Concejos por el aludido Artículo 11 del Decreto no es requisito banal, formalista, caprichoso y, por ende, intrascendente, sino mandato sustancial de inexorable observancia, cuyo móvil es la defensa de los derechos de las gentes frente a eventuales atropellos por parte de los Cabildos, como lo serían por ejemplo la expedición irreflexiva e ilegítima de un Acuerdo que sancionara con arresto la demora en pagar los tributos locales o el establecimiento de impuestos no autorizados previamente por la Ley, caso este último de frecuente ocurrencia en las municipalidades colombianas.

Considero entonces que en el caso *sub judice* ha debido mantenerse la doctrina tradicional del Consejo de Estado en cuanto a las consecuencias de la omisión por parte de los Cabildos de la cita del precepto que los faculte cuando vayan a dictar un Acuerdo y que, en esa virtud, era imperioso confirmar la sentencia recurrida, que declaraba nulos los Acuerdos acusados por la inobservancia de aquel requisito fundamental.

Fecha *ut supra*.

Juan Hernández Sáenz

CAPITULO SEGUNDO

**Actos de otras Autoridades Administrativas
del Orden Municipal**

DEPARTAMENTO DE VALORIZACION MUNICIPAL DE IBAGUE

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Intervención de los propietarios de los predios beneficiados con las obras, en las distintas etapas que comprende la ejecución de las mismas. Elección de Representante. Cada propietario puede objetar el valor del gravamen al serle éste notificado, interponiendo recursos apropiados en cada caso e incluso puede acudir a la jurisdicción contenciosa para impugnar el cálculo respectivo. Esta intervención del propietario y la del representante, son independientes.

NOTIFICACION. De las providencias que afecten a terceros que no hayan intervenido en la actuación correspondiente (Artículo 11, parágrafo 1o., Decreto-Ley 2733 de 1959). Su finalidad.

Consejo de Estado

Sala de Contencioso Administrativo

Seccion Cuarta

*Bogotá, D.E., treinta de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz

Ref.: Expediente No. 2436

El señor Luis Antonio Lozano Silvestre acudió ante el Tribunal Administrativo del Tolima con el propósito que expuso así: "Manifiesto que deman-

do en acción de plena jurisdicción la nulidad de la Resolución No. 038 de 18 de noviembre de 1971, dictada por el Departamento Administrativo de Valorización del Municipio de Ibagué, por ser violatoria de la Constitución Nacional, de disposiciones legales, y de los Acuerdos del Concejo Municipal de esta ciudad que forman el Reglamento de Valorización, Resolución que incluye, por referencia el Acta No. 14 de 26 de octubre de 1971, demanda ésta que debe ser comunicada al Personero Municipal de Ibagué”.

Y concretó sus aspiraciones en los siguientes párrafos textuales:

“1. Pido que la Resolución No. 038 de 18 de noviembre de 1971 se declare nula, por violación de la Constitución Nacional, de varias disposiciones legales y de Artículos del Reglamento de la Oficina de Valorización de Ibagué;

“2. Que el impuesto por la cantidad de \$ 32.512.43 que se me dedujo por valorización del bien de mi propiedad: ficha catastral 326, con área aproximada de 360 m² de la Calle 6 No. 4-53 de la nomenclatura de Ibagué está afectado de nulidad;

“3. Que consecuentemente se ordene a la Oficina de Valorización restablezca mi derecho devolviéndome la cantidad de \$ 15.000.00 que aboné a buena cuenta del impuesto referido en anterior petición;

“4. Que se ordene a la Recaudación de Impuestos Municipales de Ibagué se suprima mi nombre de la lista de deudores por concepto de valorización a que se refiere la Resolución demandada”.

Asevera la demanda que la Resolución acusada es violatoria de los Artículos 26 de la Constitución, 10, 11, 12 y 19 del Decreto-Ley 2733 de 1959, 22 de la Ley 1a. de 1943, 20 del Decreto Legislativo 1604 de 1966, 46, 47, 67, 68, 70, 11 y 102 del Reglamento de Valorización de Ibagué, constituido por los Acuerdos 29 de 1969, 15 de 1965 y 8 de 1968, expedidos por el Concejo de esa ciudad.

El quebranto de dichos preceptos lo puntualiza así el actor:

“Artículo 26 de la Constitución. No se han observado la plenitud de las formalidades propias de la notificación de los actos administrativos al tenor de lo dispuesto por los Artículos 10o., 11, 12 y 19 del Código de lo Contencioso Administrativo, ha habido pues violación de la Constitución, vicio de forma al notificar solamente por edicto el texto de la Resolución sin hacer la publicación ordenada por la Ley y particularmente al haber notificado por referencia la lista de contribuyentes en la cual se fija la cuantía de la contribución, el nombre del

propietario, el área del bien y el número que le corresponde dentro de la nomenclatura de la ciudad. Es claro también el desvío de poder al darle validez, o pretender dársela a la notificación irregular por los dos conceptos: falta de publicación, y notificación por referencia, ya que la autoridad administrativa, so pretexto de ceñirse al reglamento de valorización ejerció atribuciones incompatibles con el verdadero fin perseguido por la Ley. Según el tratadista Dr. Morales en la parte de su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", la notificación se basa en el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído. Y es un acto material cuya finalidad consiste unas veces en obtener la perfección de un acto y otras en producir fuerza formal de la cosa juzgada. Dice también que hace que se ponga en conocimiento de quien corresponde, los escritos, y nosotros agregamos que también las providencias. Igualmente existe el vicio de forma y violación del Artículo 86 del Reglamento al dividir la Resolución en dos partes, la de los considerandos que contiene la Resolución demandada No. 038 y las de las listas de los propietarios afectados. El concepto de violación de éste Artículo es el de vicio de forma, ya que la Resolución ha debido comprender el total entre considerandos, y Resolución, así como reparto subjetivo del gravamen.

"Los Artículos 10, 11, 12 y 19 del Decreto No. 2733 de 1959 fueron violados por desvío de poder, pues queriendo cumplir el Reglamento en sus Artículos 86 y s.s., que son acuerdos municipales, se violó la Ley, se dió prelación al acuerdo con lo cual se ejerció una atribución incompatible con el verdadero fin perseguido y hubo violación de la Ley.

"El Artículo 22 de la Ley 1a. de 1943 fue objeto de violación de la Ley, concepto éste que se deduce de que no se dió a los propietarios de los bienes afectados por la valorización la oportunidad de intervenir en la formación del presupuesto de la obra en la distribución del impuesto y en la vigilancia de los fondos, ya que el nombramiento del Representante de esos beneficiarios está viciado de nulidad al atribuírse la Junta de Valorización el nombramiento de ese Representante, y fueron violados los Artículos 67, 68 y 70, por violación directa de la Ley, ya que fue ejecutado el acto de nombramiento del Representante de los Propietarios contra el expreso y literal sentido de los referidos Artículos conformándose también la desviación de poder, en los términos que atrás hemos fijado. La Junta de Valorización ha ordenado que el impuesto sea exigible a partir de la desfijación del edicto, y el Artículo 20 del Decreto, hoy Ley, 1604 manda que se hace exigible cuando esté ejecutoriada la Resolución administrativa.

Al no estar debidamente notificada la Resolución No. 038, como atrás se establece, éste acto administrativo no está ejecutoriado ya que

por virtud del Artículo 240 de la Ley 4a. de 1913, la Ley tiene prevalencia sobre los Acuerdos y hay desviación de poder al ejercer esa atribución de dar por notificada la providencia y hacer exigible el impuesto, fin contrario al texto de la Ley. Existe igualmente violación de la Ley.

“El concepto de violación de los Artículos 46 y 47 es así: el 46 por desviación de poder puesto que no existiendo Representante legal de los Propietarios, mal podía pasársele el proyecto de distribución del impuesto ya que al violar los Artículos 67, 68 y 70 del Reglamento, el nombramiento del Representante de los Propietarios estaba viciado de nulidad; y el concepto de violación del Artículo 47 también violó la Ley por desviación de poder, ya que aprobó el proyecto de distribución del impuesto, sin tener en cuenta que los propietarios no estaban debidamente representados, a pesar de lo cual procedió a dictar la Resolución demandada. Atrás se dice que el Artículo 70 del Reglamento fue violado, tal violación fue de la Ley. Al hacer la Junta el nombramiento de Representante de los Propietarios sin que hubiera ocurrido la falta absoluta, fue contra el texto mismo, ordinal e) del Artículo 70 del Reglamento, y con ello violó la Ley. Se conceptúa también desviación de poder, por cuanto al querer ejercer una atribución que la Ley autoriza; pero para otros casos, la ejercitó en forma incompatible con el fin perseguido por el Estatuto de Valorización. En conjunto la Resolución No. 038 demandada violó la Ley y el reglamento de valorización y tiene también el concepto de nulación (sic) por desviación de poder”.

Comparecieron al juicio como coadyuvantes los señores Arturo Gaviria, Clara Calle de Echeverry, Abigail Osorio viuda de Celis y María de los Angeles Venegas viuda de Monroy, a quienes el Tribunal solamente les reconoció el derecho a intervenir en lo relativo a la anulación de la Resolución 38 de 1971.

El Tribunal, en fallo del 23 de marzo de 1973, se declaró inhibido para decidir sobre el fondo del litigio por entender que el señor Lozano Silvestre no había agotado oportunamente el trámite gubernativo contra la Resolución que acusa, pues cuando intentó hacerlo ya estaba ejecutoriada, según lo dijo la Oficina de Valorización de Ibagué al rechazar de plano el recurso interpuesto por dicho señor.

El demandante apeló y en la segunda instancia se practicaron una inspección judicial y un peritaje rendido por el doctor Severo Rocha Alvira. Tales pruebas fueron solicitadas por el apelante.

En la oportunidad procesal pertinente, el doctor Alfonso Meluk, a nombre del actor y de los coadyuvantes, pidió que se revocara el fallo del

Tribunal y, en su lugar, se accediera a las súplicas del libelo, en extenso memorial donde puntualiza de manera clara y metódica los quebrantos de Ley que se le atribuyen a la Resolución impugnada.

Y el doctor Hernando Devis Echandía, como apoderado del Personero Municipal de Ibagué, pidió la confirmación de la sentencia apelada o, en subsidio, que se denegaran las peticiones de la demanda, por las razones jurídicas que expuso oportunamente.

Por su parte, el doctor Manuel J. Solanilla Nieto, Fiscal 3o. del Consejo, conceptúa que debe confirmarse la decisión del Tribunal.

Estos son los antecedentes del proceso que ahora le corresponde dirimir a la Sala con fundamento en las consideraciones que se expresan en seguida:

Es principio general de derecho que las providencias que afecten a terceros que no hayan intervenido en el respectivo proceso o actuación, sea que los afecten en sus personas o en sus bienes, deben serles notificadas personalmente o, cuando menos, con la publicación de lo decidido en ellas en el periódico oficial, que es la forma que conocen las gentes como usual para la notificación ficta de las providencias gubernamentales. Ello tiene por finalidad que esos terceros puedan interponer oportunamente los recursos legales contra tales providencias, es decir, logren ejercer el derecho de defensa contra las decisiones de la administración.

Este sistema de notificación lo tiene establecido nuestro régimen positivo en el Artículo 11, Parágrafo 1o., del Decreto-Ley 2733 de 1959. Y lo hace obligatorio no solamente para las actuaciones de carácter nacional sino para todas las de índole municipal, sin excepción alguna, ya que sólo permite que las Asambleas puedan establecer reglas especiales en los asuntos que sean de su competencia reglamentaria. Así lo dispone de modo terminante el Artículo 19 del mismo Decreto-Ley.

Ha de buscarse entonces de modo primordial notificar personalmente los actos de la administración a los particulares o gobernados. Pero no debe esperarse pasivamente a que llegue de manera espontánea a la oficina respectiva la persona interesada o afectada por el acto para notificárselo personalmente.

Al contrario, las autoridades pertinentes deben adelantar las diligencias y averiguaciones razonables encaminadas a que se logre hacer la notificación personal. Y tan sólo cuando hay testimonio con firma de empleado responsable en el expediente o expedientes respectivos sobre el fracaso de aquellas pesquisas, puede emplearse el segundo sistema de notificación: la publicación de lo resuelto en un periódico oficial, según lo enseña el Artículo 11, parágrafo 1o., del Decreto 2733.

Pero la imposibilidad real de hacer las notificaciones personales no habilita a la Administración para escoger cualquier otro sistema distinto del que acaba de mencionarse como medio legítimo de hacer conocer sus determinaciones. No puede emplear, por ejemplo, el muy usual de fijar listas o edictos por plazos más o menos amplios en sus propias oficinas, como si se tratara de enterar de decisiones gubernamentales a personas que de antemano han intervenido en un proceso.

Ni puede tenerse como notificación implícita de una providencia el hecho de que el gobernado interponga recurso contra ella y que la autoridad los rechace como extemporáneos, desde luego que en esta hipótesis la garantía constitucional de toda persona para defenderse de los actos oficiales quedaría reducida a la simple teoría, y el acto tendría efectos contra la persona, hasta el punto de ejecutoriarse, desde antes de que lo conociera, conclusión que es abiertamente contraria a lo estatuido en el Artículo 12 del propio Decreto 2733.

Si, como queda visto, los sistemas que acaban de describirse han de aplicarse sin excepción ninguna para notificar las providencias del ámbito municipal, no puede servir de excusa para abstenerse de emplearlos la circunstancia de que un Acuerdo Municipal disponga que ciertas notificaciones se hagan por medios distintos de los que indica el Capítulo II del Decreto-Ley 2733 de 1959, desde luego que dentro de la jerarquía normativa característica de los Estados de Derecho, como el colombiano, es obligatorio para los funcionarios y los jueces aplicar los preceptos dentro de ese orden de prelación y si una norma de orden local, como el Acuerdo, contradice lo estatuido por un acto con fuerza de Ley, como el Decreto 2733, ha de ceder a la voluntad expresada en este último por ser de mayor jerarquía dentro del elenco normativo. Y si no lo hace así, la actuación administrativa es anulable por el organismo jurisdiccional competente, ya que tal principio jerárquico está inclusive plasmado en el Artículo 240 del Código Político y Municipal.

En cuanto se refiere al segundo tema planteado en este juicio, el Artículo 22 de la Ley 1a. de 1943 dispuso que en las reglamentaciones locales de la contribución de valorización se establecieran provisiones encaminadas a conseguir que los propietarios de los predios beneficiados con las obras respectivas pudieran intervenir en la formación del presupuesto de ellas, en el reparto de la contribución y en la vigilancia del empleo o inversión de los fondos obtenidos.

Ese mandato legal ha sido desarrollado en los diversos estatutos de valorización municipales por regla general mediante la elección de uno o más representantes de los dueños de las fincas sujetas a pagar la contribución, para que aquellos intervengan en nombre de éstos en las distintas etapas que comprende la ejecución de una obra pública, luego de haber sido ordenada

en cuanto a sus características y trazado por el respectivo Concejo, tareas que comprenden desde el cálculo de los presupuestos generales del costo hasta la liquidación del monto del gravamen de valorización para cada propietario con bienes dentro de las respectivas zonas de influencia de la obra.

La actividad fiscalizadora de los dueños a través de sus representantes en las distintas etapas de una obra pública que de lugar al pago de contribución por valorización es garantía derivada del Artículo 22 de la Ley 1a., ya citado, tanto para los particulares que pueden darse cuenta por este medio de la naturaleza y cuantía de las inversiones hechas en la obra, sea que hayan pagado de antemano el costo de los trabajos o que deban reembolsárselos al organismo oficial que los aportó para adelantarlos, como garantía también para los funcionarios encargados de realizar la obra ya que mediante la intervención de uno o más particulares que tienen el derecho de pedir cuenta y razón de cada gasto e inversión, viene a quedar más libre todavía de cualquier sospecha o suspicacia su ingerencia en esas labores.

Pero el papel de supervisor que durante el desarrollo de los trabajos y en el cálculo del monto de la contribución le corresponde al representante de los dueños por vía general y abstracta, es decir en interés colectivo, no impide que cada propietario al ser notificado legalmente del valor del gravamen a su cargo pueda objetarlo mediante la interposición de los recursos apropiados en cada caso e inclusive tenga acción ante los organismos de lo contencioso administrativo para impugnar el cálculo respectivo.

Una y otra intervención, la del representante universal de los propietarios y la del dueño de un predio que se considera afectado por la liquidación a su cargo, son absolutamente independientes, ya que la del primero no compromete individualmente los intereses del segundo como si fuera su mandatario en estricto derecho, pues sus tareas y atribuciones se limitan a dar fe de la conveniencia general de las obras como fueron realizadas, de la honestidad y pulcritud con que fueron costeadas y de la equidad y acomodo a la Ley y demás preceptos aplicables con que fue liquidada la contribución para cada dueño afectado con ella. Pero de todos modos su elección debe hacerse oportunamente para que su fiscalización de las distintas etapas sea en el momento en que van a cumplirse y no a *posteriori*, como una especie de absolución general fuera de tiempo y de lugar.

Al aplicar los razonamientos expuestos en el asunto *sub judice* y conforme a las constancias procesales pertinentes en cada caso, queda en claro que:

1. La Resolución No. 38 de 1971, expedida por el Departamento de Valorización de Ibagué y objeto de este juicio, no les ha sido legalmente

notificada a los dueños de inmuebles afectados con la contribución de valorización que mediante ella se les cobra, ya que no les ha sido notificada personalmente o por publicación de lo resuelto en ella en periódico oficial, según lo ordenan perentoriamente los Artículos 11, párrafo 1o. y 19 del Decreto-Ley 2733 de 1959. Se intentó notificarles esa providencia a los terceros a quienes se obligaba a pagar una contribución de valorización por medio de un edicto colocado en las propias oficinas que cobran el tributo y de una lista de contribuyentes, mencionada en el edicto (fs. 2 v. a 6 y 171 a 173).

Ello trae como consecuencia que dicha Resolución 38 no puede producir efectos legales, según lo enseña el Artículo 12 del mismo Decreto-Ley 2733 de 1959 es decir, no puede exigirse el pago de la contribución de valorización que en ella se cobra a ninguno de los propietarios afectados con las obras ni, menos aún, el pago de intereses sobre lo liquidado en esa providencia o promoverse cobro compulsivo por jurisdicción coactiva ya que la Resolución 38 no está en firme y contra ella, una vez notificada en legal forma, podrán interponerse por las personas que consideren vulnerados sus derechos por ella los recursos gubernativos y por la vía contenciosa administrativa que estén previstos por los preceptos que regulan la materia.

2. Que como, según quedó visto, la Resolución 38, materia de impugnación, no ha sido notificada legalmente a los interesados, mal podían los funcionarios de valorización de Ibagué rechazar por extemporáneo el recurso administrativo intentado contra ella por el señor Lozano Silvestre. Y, al haberlo hecho como aparece a folios 34 v. a 35, habilitaron al señor Lozano para acudir ante los organismos de lo contencioso administrativo, ya que la circunstancia de que no hubieran resuelto sobre el fondo de sus pretensiones no le es imputable a él sino a los funcionarios gubernamentales, cuya decisión formal exclusivamente no puede ir en perjuicio de los derechos de un gobernado, que nada podía determinar por sí solo en cuanto al logro de una decisión de fondo sobre sus aspiraciones, ya que su iniciativa sólo puede llegar hasta plantearlas y probarlas dentro del proceso gubernativo.

3. Si, como acaba de verse, el reclamo del señor Lozano Silvestre ante los funcionarios gubernamentales lo habilitó para acudir ante los organismos de lo contencioso administrativo a promover el presente juicio, éste no puede concluir con una sentencia inhibitoria por no haberse agotado la vía gubernativa, como la proferida por el Tribunal *a-quo*, y apelada por el demandante.

Debe revocarse dicho fallo para declarar, en cambio, que la Resolución 38 de 1971, acusada, no produce "ni producirá efectos legales", según frase textual del Artículo 12 del Decreto-Ley 2733 de 1959, mientras no les sea notificada a las personas afectadas por ella en la forma dispuesta por el

señor Luis Antonio Lozano Silvestre la suma de quince mil pesos, moneda corriente, que pagó dicho señor por concepto de contribución de valorización por las obras a que se refiere la Resolución No. 38 de 1971, mencionada en el ordinal que antecede, sin que hasta el momento esté obligado a hacer tal pago. Asimismo, el señor Lozano Silvestre no podrá figurar en la lista de la Tesorería de Ibagué como deudor moroso de esa contribución, que hasta el momento no tiene obligación legal de satisfacer.

Tercero. Revalídese el papel común empleado en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 30 de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

Miguel Lleras Pizarro

Andrés Casas Sanz de Santamaría
Conjuez

Juan Hernández Sáenz

Bernardo Ortiz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

Artículo 11, Parágrafo 1o., del mismo Decreto-Ley. O sea que, entre tanto, los contribuyentes mencionados en esta providencia no están en el deber jurídico de pagar la cantidad que en ella se les liquide, no existe título ejecutivo contra ellos, ni dicha cantidad devenga intereses en favor de la oficina que desea recaudarla en su favor.

Y una vez notificada legalmente la Resolución 38 a las personas afectadas con ella, cada contribuyente tendrá derecho, si lo desea y estima vulnerados sus intereses, a interponer contra este proveído los recursos establecidos por los preceptos aplicables al caso e, inclusive, a promover demanda ante los tribunales de lo contencioso. Pero mientras tal notificación no se produzca, será imposible decidir sobre la validez o invalidez intrínseca de la Resolución 38, porque careciendo de aquel requisito no puede producir efectos en el campo jurídico y el conato de hacérselos producir comprometería la responsabilidad personal del funcionario que así lo intentara.

4. Como al folio 30 del expediente aparece comprobante de que el señor Lozano Silvestre consignó la suma de \$ 15.000 por cuenta de la contribución de valorización que en la Resolución 38 se le liquida, y ella no es exigible todavía, porque esa providencia no produce efectos aún por no estar notificada en legal forma, ha de ordenarse que se le restituya al señor Lozano Silvestre dicha cantidad. Ha de ordenarse, asimismo, que el señor Lozano Silvestre no figure en la lista de la Tesorería de Ibagué como deudor de la contribución de valorización a que este juicio se refiere desde luego que, según se ha examinado, ella no es exigible todavía por falta de notificación hecha en legal forma de la providencia por la cual se liquidó.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

Primero. Declárase que por no haber sido notificada en la forma prevista por el Artículo 11, Parágrafo 1o., del Decreto-Ley 2733 de 1959, en armonía con el Artículo 19 del mismo Decreto, no produce ningún efecto legal ni lo producirá mientras no se cumpla esa formalidad, la Resolución No. 38 de 1971 expedida por el Departamento de Valorización Municipal de Ibagué;

Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, ordénase al Departamento Administrativo de Valorización de Ibagué que le restituya al

TITULO IV

Indemnizaciones

CAPITULO UNICO

Responsabilidad Extracontractual

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

LICITACION PUBLICA. Su finalidad. Procedimiento. Efectos de la adjudicación.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Tercera

*Bogotá, D.E. veintisiete de junio
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez

Ref.: Expediente No. 1455.

*Actor: FABRICA NACIONAL DE GRABADOS LTDA.
(FANAGRA).*

Por haberse ventilado debidamente en esta Corporación la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del 15 de Noviembre de 1972. del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, procede la Sala a decidir ese recurso.

DISPOSICIONES DE LA SENTENCIA

Se dispuso por el fallo en referencia declarar no probadas las excepciones de "caducidad de la acción" y de "carencia del derecho para demandar";

declarar al Distrito Especial de Bogotá, responsable de los perjuicios causados a la Sociedad 'FANAGRA LTDA.' por no haber el Personero del Distrito otorgado al contrato para la fabricación de 110.000 pares de placas para automotores, después de que la Junta de Hacienda le adjudicó la licitación abierta para el objeto, en una sesión del 31 de Agosto de 1962, y condenar a la entidad demandada al pago de los citados perjuicios, que deberían regularse de conformidad con el procedimiento establecido en los Artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

HECHOS FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA Y DERECHO INVOCADO EN ELLA

En la demanda, que fue presentada el 5 de Diciembre de 1966 Fábrica Nacional de Grabados Ltda. "FANAGRA", relacionó varios hechos u omisiones, cuya síntesis es la siguiente:

1. Habiendo abierto el Distrito Especial de Bogotá, en el segundo semestre de 1963, una licitación pública para el suministro de ciento diez mil pares de placas destinadas a los vehículos matriculados en él, entre las varias personas naturales y jurídicas que hicieron propuesta, FANAGRA LTDA. fue la favorecida, según determinación y adjudicación de la Junta de Hacienda del Distrito, de fecha 31 de Agosto del año antes citado.

2. La adjudicación se hizo a FANAGRA, por ser la única propuesta que se ajustó al pliego de cargos, como se hizo constar en el acta respectiva, adjudicación que se comunicó luego a la sociedad favorecida, haciéndole saber también la disposición de la Entidad Distrital para extender el documento de contrato.

3. FANAGRA, una vez que le fue comunicada la adjudicación del contrato, y a fin de poder hacer el suministro oportunamente, conforme al pliego de cargos, adquirió los materiales y elementos necesarios para la fabricación de las placas, lo que la obligó a obtener créditos y a hacer fuertes erogaciones.

4. Las autoridades distritales no sólo comunicaron a FANAGRA que se le había adjudicado el contrato, sino que en comunicación posterior le dieron instrucciones sobre la distribución de las placas, colores de éstas y otras especificaciones.

5. FANAGRA hizo todos los requisitos y suministro todos los papeles necesarios para el otorgamiento del contrato; y además estuvo viajando a Bogotá frecuentemente, con el fin de instar a la firma del documento. Sin embargo, el Distrito se rehusó a ello sin razón suficiente, pues la única reserva del pliego de cargos fue la de que no habría contrato en el caso de

que "ninguna de las propuestas fuera satisfactoria"; y la adjudicación indica que fue satisfactoria la propuesta del demandante.

6. "Aparece a las claras que esta conducta del Distrito al provocar una licitación pública anunciándola en la prensa, al adjudicarla a uno de los postores, al comunicársele a éste, al conseguir del adjudicatario posteriormente concesiones más favorables, al estimular el montaje de la fábrica, la adjudicación de elementos y las demás diligencias enderezadas al suministro oportuno de las placas y al revocar de hecho determinaciones que ya habían tenido efecto, demostró desorganización o pésima organización, error de conducta, torcida dirección, desorientación, y en fin, imprudencia e irresponsabilidad alarmantes".

7. Al negarse El Distrito Especial de Bogotá a suscribir el contrato, ocasionó a FANAGRA perjuicios que en cuanto al daño emergente consistieron en los gastos efectuados para licitar y para hacerse presente al otorgamiento del acto contractual; en la compra de materiales y elementos para la fabricación oportuna de las placas; en la ampliación de la fábrica, con adquisición de elementos nuevos; en el traslado a Bogotá de varios elementos tenidos en Cali, y en los intereses que debió pagar sobre los créditos que obtuvo para el indicado objeto. En cuanto al lucro cesante esos perjuicios consistieron en la utilidad que dejó de obtener con motivo de no haber suscrito el contrato la persona pública que hizo la adjudicación.

El prestigio industrial y comercial de FANAGRA también se menoscabó, produciéndose así perjuicios morales.

8. La sociedad demandante, con motivo de los hechos enunciados, instauró acción contra el Distrito Especial de Bogotá, ante el Juzgado XV Municipal, en el mes de Agosto de 1965; pero vigente ya el Decreto 528 de 1964, la justicia ordinaria declaró carecer de competencia para conocer del negocio.

Como Derecho, el actor invocó las disposiciones de los Artículos 16 de la Constitución Nacional, 2341 y concordantes del Código Civil.

CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Segundo manifiesta compartir las razones que llevaron al *a-quo* a proferir la sentencia apelada, y pide en consecuencia la confirmación de ésta.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como se dijo en la sentencia que se revisa, la excepción de "caducidad de la acción" propuesta por la parte opositora carece de legalidad. El demandante

te fundamenta su acción en una omisión administrativa consistente en que el Distrito Especial de Bogotá rehusó concurrir al otorgamiento del contrato, que era el acto subsiguiente a la adjudicación hecha por la Junta Distrital de Hacienda el 24 de Octubre de 1962. Antes del primero de Agosto de 1965, día en que entró a regir el Decreto-Ley 528 de 1964, el término para demandar en responsabilidad extracontractual por hechos u omisiones de la Administración Pública era de veinte años, en razón de que la Jurisprudencia había terminado por calificar tal responsabilidad de "directa", y la había vinculado a lo dispuesto en el primer inciso del Artículo 2358 del Código Civil.

Pero expedido y puesto a regir el Decreto-Ley en referencia, tal término fue por lo menos de tres años contados a partir desde la vigencia del mismo. Por esto, y por haber sido instaurada la demanda ante el Tribunal Administrativo el 5 de Diciembre de 1966, resulta claro que la acción se ejerció oportunamente.

Y por lo que respecta al fondo del asunto, tampoco tienen validez los argumentos de la parte demandada, la que sostiene lo siguiente:

- a) Que, según el pliego de cargos, el Distrito se reservó la facultad de no contratar si ninguna de las propuestas fuere satisfactoria.
- b) Que el contrato estaba supeditado a la aprobación del Concejo.
- c) Que el adjudicatario fue advertido de que la Administración quedaba en libertad de contratar o no, si así lo estimare conveniente en interés del Distrito.

Cuando se ha establecido el procedimiento de la licitación pública, lo que se ha buscado con él no es solamente mejorar la situación administrativa para negociar, mediante el concurso de oferentes, sino quitar al negocio el aspecto de clandestinidad, que en nada es favorable al decoro de los funcionarios ni al provecho económico de la Administración. A la licitación precede la formulación del pliego de cargos, y a ella siguen en rigurosa sucesión, primeramente la adjudicación y después el otorgamiento del contrato. Pero como la licitación es un acto reglado, lo satisfactorio o no satisfactorio de una propuesta depende de que se ajuste o no al pliego de cargos. De otra manera las autoridades recobrarían una discrecionalidad que, por los peligros que ofrece, la Ley la ha querido evitar. Por lo mismo, si en el pliego de cargos para la licitación a que se refieren los autos se dijo que el Distrito se reservaba la facultad de no contratar si ninguna de las propuestas fuere satisfactoria, ello no puede entenderse sino en el sentido elemental de que aquella entidad se reservaba la facultad de no adjudicar la licitación, si no resultaba satisfactoria ninguna de las propuestas.

Pero según el Acta No. 14, de la sesión verificada por la Junta Distrital de Hacienda el 31 de Agosto de 1962, la propuesta No. 4 de "Fanagra Ltda." se ajustó en todo a los requisitos exigidos "en el pliego de cargos", y "Como resultado de lo anterior, la Junta resolvió por unanimidad adjudicar la licitación para la adquisición de los 110.000 pares de placas para vehículos automotores a la Sociedad "FANAGRA LTDA." de Cali, a razón de \$ 13.65 el par teniendo en cuenta que reúne la totalidad de los requisitos consignados en el pliego de cargos". El Acta No. 14 aparece aprobada por la Junta en la sesión del 5 de Septiembre siguiente, según lo expresa el Acta No. 15. En esta nueva sesión se ratificó por unanimidad la adjudicación de la licitación a FANAGRA, aunque se dijo autorizar a los señores Personero y Secretario de Obras Públicas para adelantar gestiones encaminadas a obtener rebaja de los precios propuestos por la mencionada Sociedad, lo que, como es obvio, hecha la adjudicación, ya quedaba a la libre determinación del adjudicatario.

El acto de adjudicación se puso en conocimiento de FANAGRA mediante oficio No. 330 de Octubre 25 de 1962, en el que también se expresó lo siguiente:

"Así mismo (sic) le hago saber, en forma terminante, que la Administración queda en libertad de contratar o no, si así lo estimare conveniente, en interés del Distrito, de acuerdo con lo estipulado en el respectivo pliego de cargos.

"Además, si se llegare a firmar el correspondiente contrato y por tratarse de un acto administrativo que requiere para su perfeccionamiento la aprobación del H. Concejo Municipal de Bogotá D.E., mediante Acuerdo, en razón de la cuantía, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 5o. Ordinal e) del Decreto Nacional 3640 de 1954, tal acto no vincula en ninguna forma al Distrito con la Sociedad que usted representa. Es decir, que el contrato solo comienza a producir efectos a partir de la sanción del Acuerdo que lo aprueba, si así lo dispusiere el H. Cabildo".

Advertencias *terminantes* o no terminantes, como aquella a que se refiere el oficio antes citado, en nada modifican las consecuencias jurídicas de la adjudicación, que es un acto --condición mediante el cual es situada una persona dentro de una situación reglamentaria. También la situación jurídica del adjudicatario en relación con la perspectiva de aprobación o improbación del contrato por el Concejo Municipal, es independiente de consideraciones como las que se hacen en el oficio mencionado. Estas no pueden modificar el *status* que aquel haya adquirido en virtud de la adjudicación.

En el Ordinal h) del numeral 3o. del pliego de cargos se estableció que el proponente favorecido con la licitación quedaba comprometido a firmar el

respectivo contrato en un término no mayor de treinta días. Está probado que el demandante estuvo dispuesto a suscribir el contrato, y que para ello requirió a la Administración. Pero la obligación de que habla el Ordinal citado necesariamente supone otra correlativa de parte de la Administración, como es la de quedar comprometida también a la firma del documento dentro del término mencionado, puesto que el adjudicatario unilateralmente no podría dar cumplimiento a su obligación.

Es cierto que no pueden identificarse la situación jurídica del proponente y la del adjudicatario. Pero en las licitaciones públicas el acto dominante es la adjudicación, adquiriendo el carácter de acto subalterno el otorgamiento del documento contractual. Desde que la adjudicación se efectúa, la Administración manifiesta su decisión de celebrar el contrato, porque un acto genera el otro. "El contrato sólo existe jurídicamente - dice Jéze, Tomo IV, pág. 113. Teoría General de los Contratos de la Administración. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950. indicando la autoridad pública competente ha tomado su decisión de celebrarlo, poniendo su firma y notificando su decisión al adjudicatario".

Hecha la adjudicación a FANAGRA, ésta tenía derecho a que se otorgara el documento de contrato único modo de que la negociación llegara hasta el Concejo Municipal, cualquiera pudiera ser la decisión al respecto. Pero no habiendo cumplido las autoridades distritales con un compromiso que surge del pliego de cargos, y que es consecuencia del procedimiento de la licitación, le causaron perjuicios a la parte actora, perjuicios que el Distrito debe indemnizar.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este juicio.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común. Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

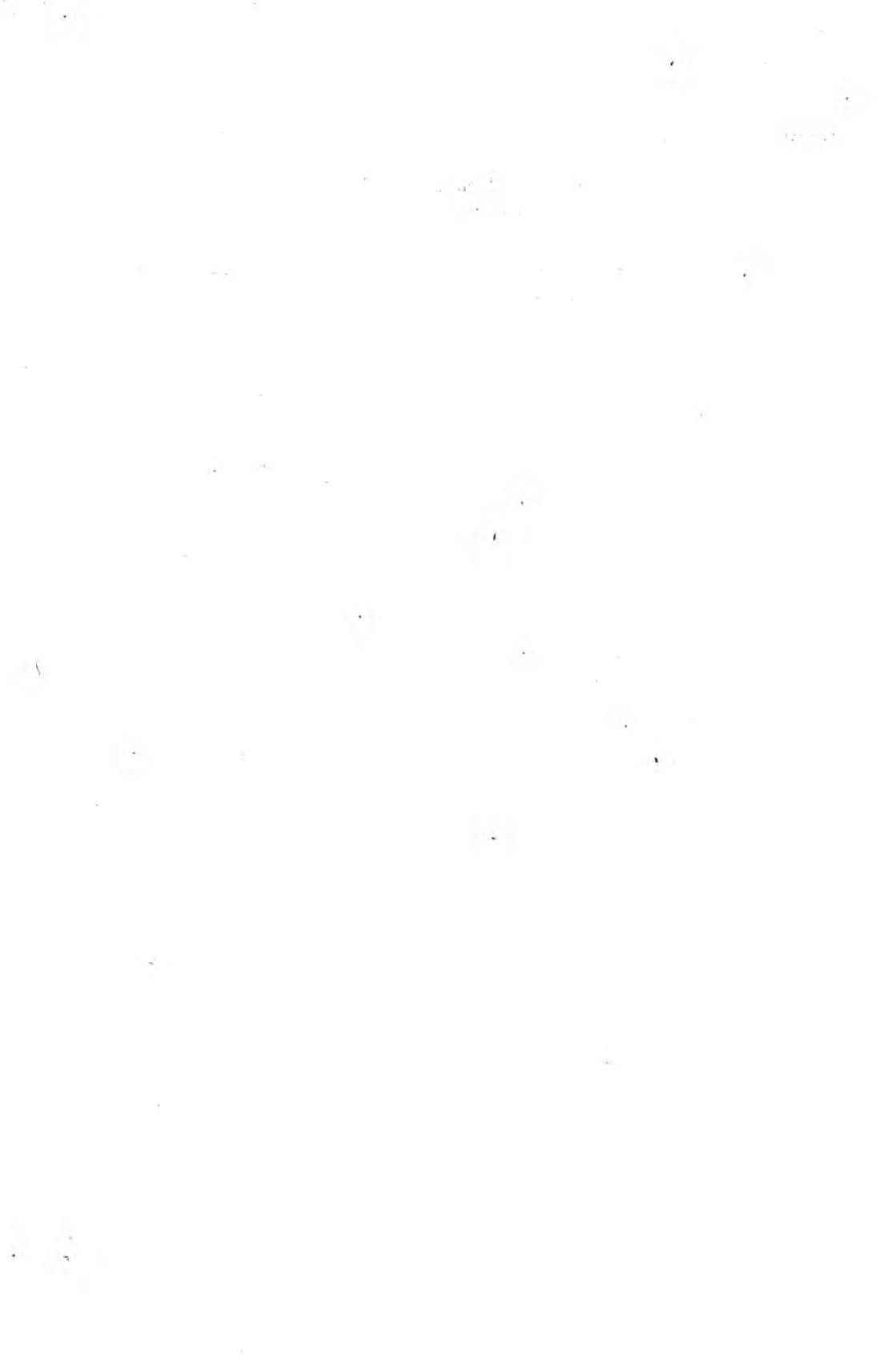
Oswaldo Abello Noguera

Alfonso Castilla Sáiz

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veinticinco de Junio de mil novecientos setenta y cuatro.





TITULO V
Juicios Electorales

1. 1. 1.

1. 1. 1.

JUICIOS ELECTORALES

PARTIDOS POLITICOS. Su necesidad para el funcionamiento de la democracia representativa. Su historia a través de las Constituciones. Representación. Conceptos de mayoría y minoría. Garantías de las minorías.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

*Bogotá, D.E. cinco de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.

*Ref.: Proceso electoral No/55
Actor: Oscar Alberto Benavides*

El señor Oscar Alberto Benavides demandó del Tribunal Administrativo del Meta declaración de nulidad de la elección de mesa directiva del Concejo de Acacias hecha en la sesión de instalación el 10. de noviembre de 1972, por violación de las normas consignadas en los Artículos 172 y 83 de la Constitución Nacional, ya que no se aplicó el sistema del cociente electoral ni se dió participación a las minorías.

En sentencia de 21 de marzo de 1973 el Tribunal hace un análisis de las normas invocadas para concluir que no tienen aplicación en la elección de mesas directivas de los Concejos y termina declarándose "inhibido para conocer del proceso", de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo de Artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

El Fiscal 1o. de la Corporación doctor Carlos Ramírez Arcila en su vista hace inteligentes reflexiones jurídicas, que pueden compendiarse así: 1o. De acuerdo con la doctrina contenida en fallo de 8 de junio de 1973 de esta Sala la jurisdicción de lo contencioso sí es competente para conocer de la elección de mesas directivas de las corporaciones de elección popular; 2o. Según el mismo fallo y lo dispuesto por el Artículo 7o. de la Ley 17 de 1970 el secretario de los Concejos no hace parte de la comisión de la mesa, siendo apenas un empleado de la corporación; 3o. No se quebrantó el mandato del Artículo 172 de la Carta porque no se trataba de elegir dos o más individuos para un sólo cargo; 4o. Por no haberse acreditado la forma en que están distribuidas las fuerzas políticas en el Concejo de Acacías, no se sabe quiénes representan las minorías. Termina solicitando se modifique el fallo apelado para desechar la declaración de incompetencia y no acceder a lo pedido en la demanda.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. Como lo recuerda el colaborador fiscal esta Sala tuvo oportunidad de ocuparse con detenimiento en el punto de si la jurisdicción de lo contencioso tenía competencia para conocer de las demandas relacionadas con la elección de mesa directiva de la Cámara de Representantes habiendo llegado a conclusión positiva. Basta entonces dar aquí por reproducidas las razones que se tuvieron para así decidirlo y que son las que se expusieron en el fallo de 8 de junio de 1973, con ponencia del consejero doctor Miguel Lleras. Hicieron salvedad de voto con muy respetables razones los consejeros doctores Juan Hernández Sáenz, Alfonso Arango Henao y Hernando Gómez Mejía.

Iguales o parecidos argumentos militan para sostener que la elección de la mesa directiva de los Concejos cae también bajo esta jurisdicción ya que ella no puede considerarse como una simple comisión del orden interno de la corporación, porque su actividad o el ejercicio de sus competencias también tiene efectos que inciden sobre el funcionamiento del Municipio y la vida de sus habitantes. Además, según el Acto Legislativo número 1 de 1968 las minorías tienen derecho a participar en las mesas directivas de las corporaciones públicas, lo que indica la trascendencia que a ellas atribuyó el constituyente y la necesidad que hay de proteger ese derecho a través de la jurisdicción.

2. El secretario del Concejo no hace parte de la mesa directiva, que sólo la integran el Presidente y el Vicepresidente. El secretario es empleado de la corporación cuyas funciones detalla el Artículo 7o. del Decreto 49 de 1932 y por lo mismo su elección requiere los dos tercios de los votos de los asistentes, como lo prescribe el inciso 2o. del parágrafo del Artículo 83 de la Constitución.

Como según el acta de la sesión del Concejo de Acacías correspondiente al 10. de noviembre de 1972 estaban presentes y votaron diez concejales y el secretario declarado electo sólo obtuvo seis votos, quiere decir que no obtuvo la mayoría requerida y se impone declarar la nulidad de su elección.

3. En el mismo fallo de 8 de junio de 1973 se afirmó sin salvedad alguna que en la elección de Presidente y Vicepresidente de las corporaciones públicas no tiene aplicación el sistema del cuociente electoral prescrito por el Artículo 172 de la Constitución, porque se trata de dos cargos diferentes que se deben proveer en elecciones sucesivas votando por un sólo nombre.

De allí que no le asista razón al demandante en el ataque fundado en falta de aplicación de dicha norma por no haberse hecho la elección con aplicación de este procedimiento.

4. Todos los tratadistas de Derecho Público están acordes en afirmar que la democracia representativa requiere necesaria e inevitablemente la existencia de partidos políticos o lo que es lo mismo grupos de personas organizadas con el fin de ejercer o de influir el poder del Estado para realizar total o parcialmente un programa político de carácter general.

Según Kelsen "la democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado y gobierno del pueblo por el pueblo". Sentado este concepto, admite la dificultad que existe para precisar lo que debe entenderse por pueblo y llega a la conclusión de que a tal finalidad ha de distinguirse entre el pueblo gobernante y el pueblo gobernado, de los cuales el primero es el soporte de la idea democrática. Estima Kelsen que "dentro de la masa de aquéllos que ejerciendo efectivamente sus derechos políticos toman parte en la formación de la voluntad del Estado habría que distinguir entre los que sin opinión ni criterios propios obedecen a la influencia de otros, y los pocos que por su propia iniciativa imprimen una dirección al proceso de formación de la voluntad colectiva. Semejante investigación conduce al descubrimiento de la virtualidad de uno de los elementos más destacados de la democracia real: los partidos políticos que reúnen a los afines en ideas con objeto de garantizarles una influencia eficaz en la marcha de la vida pública. Es patente que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva por no poder ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado, y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes

de los individuos. Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente requiere un *Estado de partidos*” (Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, página 30 y siguientes, citado por Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo 7, pág. 397).

Y Manuel García Pelayo dice: “No se puede tratar de la democracia moderna sin aludir a unos grupos sociales que sin ella crearlos son, sin embargo, inexcusables para el despliegue democrático. La existencia de los partidos políticos deriva del hecho de que en la democracia la sociedad está destinada a integrarse de modo permanente en el Estado; pero como quiera que, por una parte, los intereses materiales y espirituales de la sociedad no son homogéneos, sino heterogéneos, y que, por la otra, esta heterogeneidad rebasa a los individuos particulares para dar lugar a intereses materiales y espirituales comunes a pluralidades de individuos que, a su vez, constituyen grupos parciales dentro de la totalidad social, de aquí la existencia de organizaciones compuestas por aquellos que pretenden defender sus intereses a través de la acción estatal, y que para ello han de entrar en concurrencia con organizaciones del mismo tipo, pero de distinto contenido”.

El influjo de los partidos en la estructura constitucional lo compendia el mismo autor así: ‘1o. Que la democracia ha tenido la bastante vitalidad para adaptarse a las condiciones de la sociedad moderna, encontrando los métodos de organización y dirección que ésta exige. 2o. Que en ello se ha verificado una traslación del sujeto democrático, que en modo alguno es ya el individuo, sino unos grupos sociales dotados de firme estructura, y 3o., que, por consiguiente, la intervención del individuo en la gobernación del Estado ha de verificarse precisamente a través de estos grupos y nó de un modo inmediato’ (Derecho Constitucional Comparado, 5a. Edición, páginas 191 y 195).

Los conceptos anteriores han tenido completa aplicación en Colombia ya que la historia patria enseña que conseguida la independencia nacional se formaron dos partidos políticos con un cuerpo de doctrina y principios de concepción del mundo, filosofía de la sociedad, ideas económicas y manera de organización y gobierno, partidos que alternativamente han llevado a las constituciones del Estado su programa, a tal punto que el eminente expositor y maestro don José María Samper ha dicho que la historia de nuestro derecho constitucional es la historia de nuestras revoluciones y de nuestros partidos, quienes manteniendo incólume la idea republicana lucharon en el siglo pasado por fijar la mayor o menor cantidad de poder, de la libertad o de la autoridad, de la fuerza individual o de la colectiva y unos y otros han perseguido y solicitado por diversos caminos, un ideal de bien público y de justicia, no obstante sus extravíos y sus excesos.

Sólo que las constituciones expedidas en el siglo XIX no hicieron mención a esos partidos, no obstante que a través de ellos se obtenía la representación del pueblo en el gobierno de la Nación. Fue a partir de la expedición del Acto Legislativo número 3 de 1910 cuando se dispuso que los partidos estarían representados proporcionalmente en las corporaciones públicas, para lo cual el legislador adoptaría cualquier sistema que garantizara esa representación proporcional y que podría ser el del voto incompleto o acumulativo o el del cociente electoral.

El legislador adoptó primeramente el del voto incompleto, pero como no aseguraba la representación proporcional, fue cambiado por el del cociente electoral por las Leyes 31 de 1929, 7a. de 1932, 77 de 1937 y 39 de 1946. Sistema que el Artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de 1968 elevó a norma constitucional haciéndolo obligatorio cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, establece cómo se aplica y contempla un sistema especial cuando se trata de la elección de sólo dos personas.

A fin de que la representación proporcional funcione en la práctica la Ley colombiana tiene dispuesto que para toda elección popular es necesario inscribir las listas por que haya de sufragarse, en la que se hará mención expresa del partido político por el cual se inscribe y tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos harán ante el Alcalde "bajo juramento la declaración de que son afiliados a ese partido, las papeletas de votación deben encabezarse con una inscripción en caracteres destacados en que se exprese el nombre del partido político tradicional por el cual se vota y al tiempo del escrutinio sólo se toman en cuenta los votos emitidos a favor de las listas legalmente inscritas. (Leyes 7a. de 1932 y 39 de 1946 y Decreto 400 de 1957).

Por el sistema de la representación proporcional se otorga a cada partido o grupo político un número de representantes que guarde relación con los votos obtenidos en elecciones exentas de fraude y de violencia y su propósito es que el parlamento o corporación pública sea una imagen del cuerpo electoral, un cuadro que represente a todos los elementos que integran la estructura del país en sus debidas proporciones.

En consecuencia, verificadas las elecciones, hecho el escrutinio de los votos y adjudicados los puestos a cada partido en proporción a las veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos obtenidos por cada lista, queda definido el concepto de *mayoría* y de *minoría*, pues como lo dice Maurice Duverger la representación proporcional supone el escrutinio de lista, el único que permite atribuir escaños tanto a la mayoría como a la minoría. (Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, página 106).

Esa minoría que es cualquier parte menor de los representantes que integran la corporación y cuya plataforma de acción gubernamental es distinta de la que sustenta la mayoría debe encontrarse en igualdad de condiciones con ésta para exponer sus ideas, criticar las de sus oponentes y controlar en cierta medida los actos de los gobernantes.

A este respecto Georges Burdeau dice: "Todas las tendencias deben tener acceso al debate y todas deben ser tratadas con idéntico respeto. Como elementos de la controversia no son aún más que una especie de hipótesis respecto a la decisión que prevalecerá finalmente. Al término de la discusión lo que se convierte en decisión estatal no son unas reivindicaciones de clases o un Artículo de un programa de partido, ni incluso el deseo de una mayoría electoral. Es una voluntad enteramente nueva, la que nació de la controversia, y a la que se reconoce, en razón de las garantías que ofrece el régimen de discusión, la autoridad de voluntad del pueblo". (La Democracia, ediciones Ariel, página 122).

En Inglaterra, que se presenta como nación en donde el régimen democrático representativo funciona con perfección, tanta es la importancia que se concede a la oposición que el jefe de la minoría en el Parlamento goza de sueldo que se lo paga el gobierno que recibe sus ataques. No sobra recordar que al decir de H. A. L. Fisher en su Historia de Europa los dos grandes principios del pueblo inglés son que todo gobierno debe basarse en el consentimiento de los gobernados y que el papel del hombre de estado es evitar la revolución mediante la reforma.

Al prescribir el constituyente colombiano de 1968 que las minorías deben tener participación en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular se propuso garantizar que todas tengan acceso al debate y ser tratadas con idéntico respeto a la mayoría, a fin de evitar que cualquier voluntad popular por grande que sea su número pretenda imponerse en el gobierno sin pasar antes por la prueba de la discusión abierta y razonada.

En el caso que se examina se tiene que el Concejo de Acacías está integrado por cinco conservadores, cuatro de la Alianza Nacional Popular y un liberal, según lo informa el Registrador Nacional del Estado Civil en oficio número 1130 de 18 de enero de 1974 en respuesta a la solicitud formulada por el consejero sustanciador dispuesta en auto para mejor proveer. Y de acuerdo con el acta de la sesión de instalación de 10. de noviembre de 1972 la mesa directiva acusada quedó integrada por un concejal conservador como Presidente y por el concejal liberal como Vicepresidente, con la inconformidad de los concejales de la Anápo que estimaban que a ellos les correspondía la representación minoritaria y para tal efecto presentaron candidatos, pero en las dos votaciones el resultado les fue adverso ya que sólo obtuvieron cuatro votos, en tanto que los postulados por el partido mayoritario en la corporación, alcanzaron seis votos.

Por tanto, en la conformación de la mesa directiva se dió participación a una de las minorías que tienen representación en el Concejo de Acacías y se satisfizo así el precepto constitucional.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Se revoca la sentencia apelada;
2. Es nula la elección de secretario del Concejo de Acacías hecha en la persona del señor Miguel A. Martínez Caicedo en la sesión del día 1o. de noviembre de 1972;
3. No se accede a decretar la nulidad de la elección de mesa directiva del mismo Concejo efectuada en la referida sesión.

Envíese copia íntegra de esta sentencia al Concejo de Acacías para su conocimiento y cumplimiento.

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

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sesión efectuada en esta misma fecha.

Eduardo Aguilar Vélez
Presidente

Oswaldo Abello Noguera

Alfonso Arango Henao
Con Salvamento de Voto

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Sáiz

Jorge Dávila Hernández
Con Aclaración de Voto

Carlos Galindo Pinilla
Con Aclaración de Voto

Juan Hernández Sáenz
Con Salvamento de Voto

Miguel Lleras Pizarro
Con Salvamento de Voto

Humberto Mora Osejo
Con Aclaración de Voto

Alvaro Orejuela Gómez
Con Salvamento de Voto

Bernardo Ortiz Amaya

Carlos Portocarrero Mutis
Con Salvamento de Voto

Gabriel Rojas Arbeláez
Con Salvamento de Voto

Rafael Tafur Herrán

Gustavo Salazar T.

Hernando Franco Rojas
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DOCTORES ALVARO OREJUELA GOMEZ, CARLOS PORTOCARRERO MUTIS, GABRIEL ROJAS ARBELAEZ, ALFONSO ARANGO HENAO Y JUAN HERNANDEZ SAENZ.

*Ref.: Expediente Electoral
No. 55. Actor: Oscar Alberto
Benavides.*

La necesidad de preservar la pureza del sufragio en los comicios populares, base insustituible de una democracia representativa, y de tutelar también la observancia plena de los preceptos que regulan las elecciones que corresponde hacer a los cuerpos colegiados y los nombramientos de funcionarios públicos por parte de las autoridades nominadoras, ha hecho que el legislador permita impugnar las elecciones y los nombramientos por vía de nulidad simple ante los organismos de lo contencioso administrativo, como regla general o, por excepción, ante la Corte Suprema de Justicia.

Para el ejercicio de esta acción, llamada electoral, habilita el mero y presumible interés del actor de coadyuvar aquellos propósitos del legislador de que se mantengan dentro de lo honesto y de lo jurídicamente regular unas elecciones o nombramientos concretos. Y basta ese interés, subjetivamente desinteresado, para que la demanda pueda ser de recibo, si cumple además sus requisitos de forma y es oportuna, para que dé lugar al trámite de un juicio y para que se llegue a una calificación estimatoria o desestimatoria de las pretensiones planteadas en el libelo mediante un fallo judicial.

Los límites materiales de la acción electoral están señalados en los Artículos 189 a 192 del Código Contencioso Administrativo y comprenden por el aspecto jurídico desde la simple declaración de invalidez del acto impugnado hasta la realización de nuevos escrutinios con la consiguiente expedición de las nuevas credenciales que hayan de reemplazar a las que resulten sin valor en virtud de la sentencia proferida.

Pero así como los alcances y efectos de cualquier acción de mera nulidad sólo deben llegar hasta donde la tutela del interés general o del régimen

jurídico jerarquizado lo hagan menester, los de la acción electoral no han de sobrepasar el cometido que para ella fijó el legislador: amparar la pureza del voto popular y la incolumidad de las normas que regulen otra especie de elecciones o nombramientos de personas que queden investidas de autoridad o de funciones públicas de alguna clase, en cuanto hace a las relaciones propias de los gobernantes con los gobernados.

En lo que atañe a otra especie de designaciones que sólo miren o afecten el fuero interno de la corporación que las realice, el interés colectivo por la regularidad del acto de designación viene a quedar desplazado o sustituido por el interés particular o íntimo de la corporación misma por mantener dentro de la normalidad institucional su funcionamiento interno, para conseguir así que se cumplan sus finalidades y se ejerzan de manera cabal sus atribuciones propias, inclusive la expedición de aquellos actos que por su naturaleza intrínseca hayan de trascender en sus alcances o efectos del ámbito interno del cuerpo colegiado al campo exterior en donde se desarrollan las relaciones jurídicas de las gentes entre sí o con las autoridades.

En estas hipótesis, relativas a la vida interna del ente u organismo, es lógico que el control de la regularidad y adecuada designación de sus dignatarios o de la integración de sus dependencias interiores haya de quedar en manos de la misma corporación o cuerpo colegiado, porque la intrusión de otros poderes o autoridades en la calificación de la juridicidad o injuridicidad de aquellas actuaciones internas traería más fricciones, tropiezos y conflictos que ventajas reales para la preservación del orden institucional, que es la razón de ser fundamental del control de los actos de unas potestades por las otras.

Este fue el móvil que inspiró al legislador para decir en el Artículo 192, parágrafo, del mencionado Código lo siguiente:

“Sin embargo, conforme al Artículo 182 de la Ley 85 de 1916, cuando la elección se refiera a comisiones para el orden interno de una corporación, la declaración de nulidad corresponde a la misma corporación que la hace”.

Corresponde esclarecer ahora si la Mesa Directiva de un Cabildo, es decir, el Presidente y el Vicepresidente, pero no el Secretario que es empleado subalterno de la corporación, forma una comisión para el exclusivo orden interno institucional y, de consiguiente, no hay lugar a pronunciamiento judicial sobre la validez o invalidez de su elección, o si, por el contrario, las tareas propias de la Mesa trascienden del fuero interno del Concejo a la realidad jurídica externa y, por ende, la designación de los dignatarios que la integran es impugnabile ante los tribunales de lo contencioso administrativo

como cualquiera otra elección de empleados o dignatarios hecha por el voto de concejales.

Cabe dejar en claro, de otra parte, que en cuanto atañe a la Comisión de la Mesa del Senado y de la Cámara de Representantes ya hubo un pronunciamiento claro y expreso de la Sala en el fallo del 8 de junio de 1973, al que aludió el concepto de la Fiscalía, y cuyas tesis acogidas mayoritariamente merecen el pleno respeto por parte de quienes hemos disentido de ellas, hasta el punto de que tal circunstancia hace impertinente cuando menos que ahora se intente revivir la discusión sobre esa materia concreta y, por lo demás, distinta y ajena de la que es objeto del juicio que en esta oportunidad decide la Sala.

En efecto, el Senado y la Cámara de Representantes integran la Rama Legislativa del Poder Público, mientras que el Concejo es simple organismo administrativo de los intereses locales del Municipio donde funcione, posiciones notoriamente muy distintas dentro de la organización estructural del Estado y con funciones de categoría e importancia bien diferentes, como es de todos conocido.

Dentro de la organización particular de los Cabildos corresponde al Presidente y, en su defecto, al Vicepresidente, abrir y cerrar las sesiones, disponer el orden del día para cada una de ellas, dirigir los debates y deliberaciones y mantener el orden en ellas, firmar junto con el Secretario las actas de las sesiones una vez aprobadas por la corporación, llamar a los suplentes por ausencia de los Concejales principales, ordenar extender las copias que se pidan y firmar, en asocio del Secretario, los Acuerdos expedidos por el Concejo para dar testimonio de que fueron aprobados en los debates reglamentarios y enviarlos para la sanción y promulgación por parte del Alcalde, con el fin de que así obtengan validez como reglas de derecho, pueden ejecutarse y sean de obligatoria observancia por parte de los habitantes del lugar.

Como se ve, las funciones de la Mesa Directiva de un Concejo miran exclusivamente hacia la vida interior del cuerpo colegiado, puesto que sólo tienden a mantener su normal y adecuado funcionamiento dentro de los cauces predeterminados por la Ley y el reglamento interno pues, en los demás el Presidente y el Vicepresidente tienen los mismos derechos y los mismos deberes que cualquiera otro de los integrantes de la corporación.

Y no puede pensarse que por la circunstancia de que el Presidente del Cabildo o quien haga sus veces haya de firmar los Acuerdos, las funciones de la Mesa Directiva trasciendan del ámbito íntimo de la corporación al de aquel en que se desarrollan las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, desde luego que aquella firma sólo da testimonio de que el Acuerdo fue

aprobado regularmente por el Concejo y que si bien es cierto que el Acuerdo es un acto trascendente, no debe olvidarse que su expedición obedece a la voluntad favorable expresada por todos los concejales o, cuando menos, por la mayoría de ellos, y no al querer de los miembros de la Mesa Directiva, puesto que a la Directiva tan sólo compete dirigir los debates necesarios para que aquella expedición se produzca, debates que no pueden confundirse o involucrarse con dicha expedición, así como no es dable confundir la causa con el efecto. Y si el Acuerdo (efecto) indudablemente trasciende de la vida interna del Cabildo al ámbito exterior, no puede predicarse lógicamente que los debates previos, que lo antecedieron (causa) también tengan la misma trascendencia. Y, menos aún, si se observa que es la sanción del Alcalde y su ulterior promulgación lo que le da eficacia a los Acuerdos como reglas de derecho obligatorias para los gobernados.

Ha de concluirse entonces que la elección de dignatarios de los Concejos no es impugnabile ante los tribunales de lo contencioso administrativo por corresponder a la integración de una comisión para el orden interno, conforme lo prevé el parágrafo del Artículo 192 del Código Contencioso Administrativo. Y, en estas circunstancias, no cabía pronunciarse a fondo sobre la demanda del señor Benavides contra la designación de Presidente y Vicepresidente hecha por el Concejo de Acacías.

Pero como la sentencia acogida mayoritariamente por la Sala decide sobre el fondo de esta pretensión del demandante, dejamos expresadas en los párrafos anteriores las razones de nuestro disentimiento con ese proceder.

Fecha *ut supra*.

Alvaro Orejuela Gómez

Carlos Portocarrero Mutis

Gabriel Rojas Arbeláez

Juan Hernández Sáenz

Alfonso Arango Henao

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

*Bogotá, D.E., trece de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

*Ref.: Electoral No. 55. Elección de
mesa directiva del Concejo de Acacías*

Salvamento de voto de Miguel Lleras Pizarro

La espléndida exposición doctrinal de la sentencia conduce el pensamiento del lector a la conclusión de la nulidad, porque el sistema aplicado por el Concejo de Acacías no garantizó el cumplimiento de la orden constitucional de dar representación a las minorías. Sin embargo, inesperadamente, todo el andamiaje jurídico construído con tan exquisito cuidado para destacar la importancia que en las democracias tiene el respeto al derecho de las minorías, se viene abajo dizque por la necesidad de elegir los dignatarios uno por uno, o sea por mayoría simple. Tan admirable esfuerzo se pierde para concluir que el respeto y la garantía de tan alabado derecho queda librado a la buena voluntad de las mayorías. Esta contradicción es la que explica mi disentimiento.

El Artículo 17 del acto reformativo de 1968 (83 de la compilación oficial) contiene dos preceptos importantes, uno junto al otro:

1. Que para la elección de mesas directivas *no se necesita de los dos tercios de los votos* de los asistentes.
2. Que las minorías *tendrán* participación en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular.

De la primera regla no se deduce que los miembros de las mesas directivas deban o puedan elegirse por mayoría simple sino que el requisito de los dos tercios *no es aplicable*.

La segunda regla contiene un mandato imperativo cuyo cumplimiento no está condicionado: *las minorías tendrán participación en la mesa directiva*.

Estas normas cuya importancia para la estabilidad política salta a la vista (basta repasar la historia de Colombia) por ser constitucionales derogan cualquier sistema legal o reglamentario anterior cuya aplicación resulte incompatible con la garantía constitucional.

¿Cuál es hoy el sistema aplicable? Es más o menos obvio que el primero que se encuentre en la misma constitución para asegurar la representación de las minorías, que es el del Artículo 172, llamado del cociente electoral que en el propio estatuto se describe con tal minuciosidad que indica cómo se aplica en el caso de elegir más de dos individuos y en el caso de que solo sean dos. El error que el Consejo de Estado no se decidió a cambiar fue el cometido en la sentencia del 8 de Junio de 1973 en la que, por descuido enmendable, se repitió que en la elección de mesa directiva se vota cada vez por un individuo, como lo establecían las Leyes anteriores a la reforma de 1968. Ahora no pueden aplicarse estas Leyes porque impiden cumplir con el sistema nuevo de la representación de las minorías, o sea que se han convertido en inconstitucionales.

De lo anterior se concluye que las mesas directivas se transformaron en una unidad plural compuesta por dos o por tres individuos que deben ser elegidos por el sistema del cociente electoral. En el caso de Acacias dividiendo el número de votos emitidos por tres. (El número de puestos por proveer más uno). Entonces no es cierto que haya inconveniente para que la constitución se cumpla directamente porque Leyes anteriores a 1968 enseñaron la elección individual de cada uno de los miembros de las mesas directivas y tampoco es cierto que porque el Consejo de Estado haya cometido un error de interpretación esté obligado a repetirlo y esto lo dice quien redactó el proyecto por el que se cometió aquel error.

En mi opinión es penoso que garantía tan significativa como la representación de las minorías en las mesas directivas no se la asegure con las obvias reglas concebidas para evitar, que se la burle. Dejarla a la buena voluntad de las mayorías, es decir, a la mera galantería de los más, es protección tan insuficiente como lo demuestra el caso ahora fallado. Las mayorías no fueron muy galantes con la más numerosa y sólida minoría. Tan poco galantes que esa minoría pide la protección jurisdiccional que el Consejo le deniega con el implícito pretexto de que falta una Ley que derogue las que subrogó la reforma constitucional que es tanto como afirmar que la constitución no le basta. Aquí sí que cabría indagar: ¿Y entonces... la Constitución para qué?

Miguel Lleras

ACLARACION DE VOTO

Los suscritos consejeros compartimos la motivación y la decisión de la sentencia, que tienen por base un estudio ponderado y preciso.

Pero consideramos que, con base en el criterio de la jurisprudencia de la Sala, que se reitera y amplía en la motivación de la sentencia, según el cual la

mesa directiva de un concejo municipal no constituye una comisión para el orden interno de la corporación y que, por lo mismo, de los actos de elección de la misma debe conocer la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se debió revocar la sentencia inhibitoria del Tribunal y disponer, en consecuencia, que se dicte sentencia de mérito, por los siguientes motivos:

a) La providencia inhibitoria, considerada por la doctrina como mera sentencia de carácter procesal, no lo es en el sentido material ya que, según dispone el Artículo 302 del C. de P. C., aplicable al caso de conformidad con el Artículo 282 del C.C.A., por tal ha de entenderse la que decide “sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que sea la instancia en que se pronuncie”: o, como afirma la doctrina, por sentencia ha de entenderse “aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso. . .” (Guasp, Derecho Procesal Civil Cit. por Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, Pág. 797).

b) Por otra parte estimamos que el procedimiento es de orden público, y el principio de las dos instancias constituye una garantía de la eficacia del juzgamiento en cualquier género de procesos.

c) El recurso de apelación, interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal, obviamente tendía a infirmar lo resuelto en la sentencia, es decir, la decisión inhibitoria por incompetencia; por esto, la Sala debió limitarse a examinar si la providencia del Tribunal estaba o no fundada en derecho.

d) En fin, la Corte, en reiterada y actual jurisprudencia, sustenta el criterio expuesto. Así, la Sala de Casación Civil sostuvo, en sentencia del 22 de abril de 1959, corroborada por otras posteriores de la Sala de Casación Laboral (Ver sentencias del 10. de marzo de 1961, G. J. Tomo XCV, Pág. 264; de 11 de abril de 1962, G. J. Tomo XCVIII, Pág. 679 y de 15 de diciembre de 1969, G. J. Tomo CXXXII, Pág. 790), que “cuando el juez se inhibe de conocer, produce solamente una sentencia formal, cuyo objeto es afirmar que no concurren los medios procesales adecuados para resolver sobre el fondo litigioso. . .” (G. J. Tomo XC, Pág. 340).

Fecha *ut supra*.

Jorge Dávila Hernández

Humberto Mora Osejo

ACLARACION DE VOTO

Comparto el estudio de fondo realizado en el fallo y expresado en forma erudita y brillante. La decisión guarda perfecta armonía con la realidad procesal y el razonamiento jurídico que la sustenta me parece inobjetable.

Sin embargo la sentencia inhibitoria del "a-quo", objeto del recurso que ahora se resuelve, plantea un problema de orden procesal que, a mi juicio, debía examinarse en la providencia del Consejo para deducir las consecuencias jurídicas del caso, a saber: ¿Puede dictarse sentencia de mérito cuando la decisión del inferior es inhibitoria?

Una decisión de esta naturaleza, así se pronuncie al término del trámite de la primera instancia, no significa la culminación de ésta y, por consiguiente, el conocimiento del superior a virtud de su impugnación por la vía del recurso de alzada, no constituye la segunda instancia del proceso. En este caso la competencia del superior queda circunscrita al examen de los fundamentos de la decisión inhibitoria, para confirmarla o revocarla. Si lo primero, se produce una forma de terminación anormal del proceso; si lo segundo, habrá lugar a reanudación de su desarrollo para propiciar su culminación normal, mediante la sentencia de mérito. Por consiguiente, en la hipótesis de no hallarse fundada la decisión inhibitoria procede su revocación, y por efecto de ella la secuencia del proceso debe continuar a partir del momento en que su curso normal experimentó la interrupción; vale decir para el caso de autos, que estaría pendiente la culminación de la primera instancia mediante un pronunciamiento de mérito por parte del Tribunal de primera instancia, que abriría la posibilidad de la segunda instancia y con ella la ocasión para el Consejo de dictar sentencia de fondo.

La adopción de un procedimiento diverso resulta contraria al principio de las dos instancias instituido en el C.C.A. para la mayor parte de los procesos y elevado a la categoría de principio general de derecho procesal por el Artículo 3o. del C. de P.C. Por consiguiente, al tenor de lo preceptuado en el Artículo 4o. *ibídem*, ese principio general debe ser guía y norte de interpretación de las instituciones procesales en cuanto garantía fundamental del debido proceso y del acierto judicial.

En el caso presente no se plantea la hipótesis de la sentencia complementaria a que se refiere el Artículo 311 del C. de P.C. porque ésta supone una decisión de mérito aunque incompleta, pronunciada por el juez de primera instancia. Se le llama complementaria porque supone una materia complementable, vale decir una sentencia de mérito incompleta, en cuanto resolvió algunos extremos de la litis, pero omitió la resolución de otros; pero cuando hay absoluta sustracción de materia complementable, porque no se decidió en el fondo sobre ninguno de los extremos de la litis, el Artículo 311 del C. de P. C. no es aplicable.

Bogotá, Febrero 8 de 1974.

Carlos Galindo Pinilla
Consejero

JUICIOS ELECTORALES

ELECTORALES – CONTRALORES DEPARTAMENTALES. Su elección corresponde a la Asamblea, mediante una sola decisión adoptada por la mayoría requerida por la Constitución o la Ley y no por el procedimiento de Ordenanza.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Sesión del día 5 de febrero de mil novecientos setenta y cuatro

*Bogotá, D.E., once de febrero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo

*Ref.: Expediente No. 123
Actor: Gabino Hernández Mejía*

Se deciden los recursos de apelación, interpuestos oportunamente por la parte demandante y el señor Fiscal, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander del 28 de septiembre pasado que negó las peticiones de la demanda.

I *Los antecedentes.* Los recursos tienen los siguientes antecedentes:

1. *La acción.* El señor Gabino Hernández Mejía pidió al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en demanda que presentó personal-

mente el 30 de noviembre de 1972, que declare la nulidad de los actos por los cuales la Asamblea del Departamento, en sesión del 20 del mes y año indicados, eligió a los doctores Fabio Peñaranda Ortega y Alvaro Ayala Pérez, Contralor y Subcontralor, respectivamente.

2. *Los fundamentos de la acción.* El actor considera que los actos acusados son violatorios, en síntesis, de las siguientes disposiciones:

Artículo 83 de la Constitución que prescribe que, “con excepción de las mesas directivas, la elección de funcionarios que hagan las corporaciones de elección popular, hasta el 19 de julio de 1974, necesitará los dos tercios de los votos de los asistentes”, porque la Asamblea del Departamento de Norte de Santander eligió Contralor y Subcontralor sin reunir el *quorum* decisivo requerido por la norma constitucional invocada; Artículo 23 del Reglamento de la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, que dispone que “no habrá elección y se procederá a votar de nuevo” cuando, como sucedió en este caso, “el total de votos sea inferior al *quorum* constitucional”; Artículo 187, Ord. 8o., de la Constitución que atribuye a las Asambleas, “por medio de ordenanza”, entre otras funciones, la de “organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años”, porque la Asamblea no eligió Contralor y Subcontralor mediante ordenanza; Artículos 15 del Reglamento de la Asamblea y 9o. de la Ley 77 de 1926, que en su orden prescriben la obligación de señalar, con tres días de anticipación, el día y la hora en que debe efectuarse un acto de elección y el alcance de los términos de horas, porque la Asamblea del Departamento de Norte de Santander eligió Contralor y Subcontralor en hora diferente a la indicada al efecto por proposición del 14 de noviembre de 1972; y Artículo 5o. de la Ley 29 de 1969, que determina el procedimiento para llamar a los diputados suplentes, porque no fue observado por el Presidente de la Asamblea para reemplazar a los principales Oscar Emilio Pallares Carrascal y José Ananías Bautista.

3. *La parte opositora.* El Departamento de Norte de Santander, por medio de apoderado, se hizo parte en el juicio para oponerse a las peticiones de la demanda. No fundamentó su oposición a la acción, pero al alegar de conclusión en la primera instancia pidió que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda por considerar, básicamente, que no se había observado el procedimiento del juicio electoral (Fs. 102 y 103). El Tribunal, por auto del 4 de junio pasado, previa la correspondiente tramitación, negó la declaratoria de nulidad de lo actuado.

El doctor Fabio Peñaranda Ortega, Contralor del Departamento de Norte de Santander, designó apoderado, que fue reconocido como tal en la sentencia, para oponerse a las peticiones de la demanda, pero éste no actuó en el juicio.

4. *La sentencia del Tribunal.* El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por sentencia del 28 de septiembre pasado, tras declarar probada la excepción perentoria de inepta demanda, negó las súplicas de la misma por considerar, esencialmente, que el actor debió incoar la acción de nulidad electoral, mediante apoderado y dentro del término de diez días, por tratarse de actos que crean situaciones jurídicas particulares y que están, según prescribe el Artículo 191 del C.C.A., comprendidos dentro del juicio del mismo nombre.

5. *El concepto del señor Fiscal.* El señor Fiscal 3o. del Consejo de Estado conceptúa que la sentencia objeto de los recursos de apelación debe ser revocada y que, en su lugar, se debe declarar la nulidad de los actos acusados, tanto porque la demanda reúne los requisitos legales y fue presentada dentro del término de caducidad de la acción, como porque las elecciones de Contralor y Subcontralor del Departamento de Norte de Santander se efectuaron sin el *quorum* decisorio prescrito por el Artículo 83 de la Constitución.

II *Las consideraciones de la Sala.* La Sala Procede a decidir los recursos de apelación mediante las siguientes consideraciones:

1. *La acción.* Como se expuso, el señor Gabino Hernández Mejía pidió al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en demanda que presentó el 30 de noviembre de 1972, que declare la nulidad de los actos de elección de Contralor y Subcontralor del Departamento, expedidos por la Asamblea el 20 del mes y año indicados. Se trata, por tanto, de actos susceptibles de la acción de nulidad electoral de conocimiento, según prescribe el Artículo 191, Inc. 1o., del C.C.A., del Tribunal Administrativo de Norte de Santander en primera instancia, que se propuso mediante demanda presentada dentro del término de diez días de caducidad. Nada obsta a lo expuesto que el actor haya invocado el Artículo 66 del C.C.A., relativo a la acción de nulidad ordinaria, porque, como ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala, la índole o naturaleza de la acción no se determina por los términos que se emplean en la demanda, sino por el contexto de ésta, particularmente lo que se pide y los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión.

El Tribunal, tras declarar probada la llamada excepción perentoria de inepta demanda, negó las súplicas de la misma, por considerar que debió intentarse la acción de nulidad electoral. Pero, por una parte, si consideró probada una excepción perentoria, entendida como un hecho que se opone "a lo sustancial de la acción" (Artículo 109 del C.C.A.), bastaba hacer la correspondiente declaración, sin necesidad de negar, consecuentemente y contradictoriamente, las peticiones de la demanda; además, en el supuesto de ser cierto el motivo de la sentencia, no constituiría una excepción perentoria,

sino un defecto o deficiencia procesal, falta del presupuesto procesal de demanda en forma, que habría implicado una sentencia inhibitoria; pero, demostrado que el actor, según el contexto de la demanda y la índole de los actos acusados, promovió oportunamente la acción de nulidad electoral, es infundada la motivación que sustenta la sentencia.

2. *El cargo de violación del Ord. 8o. del Artículo 187 de la Constitución.* El cargo consiste, como se expuso, en que el actor considera que, de conformidad con el Artículo 187, Ord. 8o. de la Constitución; las elecciones de Contralor y Subcontralor deben efectuarse por medio de ordenanzas.

El Artículo 187 de la Constitución, 57 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, dispone que "corresponde a la Asamblea, por medio de ordenanzas", entre otras funciones, la de "organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años". Pero, respecto de este acto como de los demás de elección o nombramiento que efectúen las Asambleas, la disposición no tienen el alcance que le da el demandante, por las siguientes razones:

a) El Artículo 187 de la Constitución, al prescribir las funciones esenciales de las Asambleas, dispuso que las deben ejercer mediante ordenanzas; pero ello no puede interpretarse en el sentido de que los actos de elección, como el de Contralor o Subcontralor, deben expedirse por ese procedimiento; por el contrario, si las demás atribuciones que menciona son susceptibles de ejercerse por ordenanzas, no sucede lo propio con los actos de elección que, por definición, se dictan mediante una sola decisión adoptada por la mayoría requerida por la Constitución o la Ley.

b) Así se deduce, especial e inequívocamente, del Parágrafo transitorio del Artículo 83 de la Constitución, 17 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, en cuanto prescribe que "con excepción de las mesas directivas, la elección de funcionarios que hagan las corporaciones de elección popular, hasta el 19 de julio de 1974, necesitará los dos tercios de los votos de los asistentes": si la norma dispone que la elección que haga una corporación pública, como la de Contralor o Subcontralor efectuada por la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, con la excepción ahí mismo indicada, se adopte por la mayoría de los asistentes, es apenas lógico que excluya la posibilidad de que, para efectuarla, la Asamblea vuelva a pronunciarse otra vez sobre el particular a menos que lo haga en tres oportunidades diferentes, como sucede con los proyectos de ordenanza (Artículo 101 del C. de R. P. M.), para someterlos a la ulterior sanción del Gobernador (Artículo 102 del C. de R. P. M.). De ahí que el Artículo 99 del C. de R. P. M. disponga que "los actos de las Asambleas Departamentales destinados a dictar disposiciones para el arreglo de alguno de los asuntos que son de su incumbencia se denominarán ordenanzas; los que tengan por objeto la ejecución de un hecho especial,

como un nombramiento, o la decisión de un punto determinado, que no imponen obligaciones ni crean derechos a los asociados, se denominarán en general resoluciones. Las primeras se ajustarán a las prescripciones del capítulo siguiente, y las segundas basta que sean aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión" (la Sala subraya).

c) Lo mismo se deduce, de conformidad con los Artículos 172, 173 y 174 de la Constitución, en relación con las elecciones que efectúen las corporaciones públicas, los organismos de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y, de modo especial, según los Artículos 50 y 102, Ords. 1o y 2o, de la Constitución con las de Procurador General de la Nación y de Contralor General de la República que competen a la Cámara de Representantes en una sola votación.

d) En fin, respecto del caso *sub judice*, si se acogiere el aserto de la parte demandante, los actos de elección de Contralor y Subcontralor, efectuados por medio de ordenanzas, requerirían necesariamente la intervención del Gobernador en la revisión y sanción de las mismas, no obstante que se trata de cargos que, por razón de sus funciones, deben proveerse independientemente de éste, a quien les incumbe controlar en cuanto atañe a la gestión numérico-jurídica de la administración departamental. De ahí que el Artículo 187, Ord. 8o, de la Constitución atribuya exclusivamente la facultad de elegir estos funcionarios.

3. *El cargo de violación de los Artículos 15 del Reglamento de la Asamblea y 9o de la Ley 77 de 1926.* El cargo consiste en que la Asamblea eligió Contralor y Subcontralor en hora diferente a la señalada al efecto por proposición del 14 de noviembre de 1972. Para desecharla basta observar, por una parte, que obra en autos copia auténtica de la proposición, aprobada el 14 de noviembre de 1972, por la cual la Asamblea fijó la sesión del 20 de noviembre de los mismos mes y año "para la elección de Contralor General del Departamento, Subcontralor y Miembros de las Juntas de los Institutos Descentralizados" (F.98), sin señalamiento de hora, pero en forma suficiente para enterar con antelación a los miembros de la Corporación de las elecciones que iban a efectuarse; además que, de conformidad con el Artículo 113 del Reglamento de la Asamblea, la hora corresponde a la de iniciación de las reuniones ordinarias que deben celebrarse todos los días no feriados del período de sesiones; aparte de que, aún en el supuesto de que existiere la irregularidad que se afirma, ella radicaría, no en los actos acusados, sino en la proposición del 14 de noviembre de 1972 que omitió señalar la hora de la sesión.

4. *El cargo de violación del Artículo 5o de la Ley 29 de 1969.* Este cargo consiste, como se indicó, en que dos diputados principales, Oscar Emilio Pallares Carrascal y José Ananías Bautista, fueron reemplazados por

dos suplentes sin que el Presidente de la Asamblea hubiera dado cumplimiento al Artículo 5o de la Ley 29 de 1969. Esta norma prescribe, en lo pertinente, que "el Presidente de la Asamblea llamará a los Diputados suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales, atendiendo el orden de colocación de sus nombres en la correspondiente lista electoral".

Los diputados principales Oscar Emilio Pallares Carrascal y José Ananías Bautista se excusaron para dejar de asistir a la sesión de la Asamblea del Departamento de Norte de Santander del 20 de Noviembre de 1972 (F.76), en la cual se efectuaron las elecciones de Contralor y de Subcontralor (Fs. 69 y 83). Fueron reemplazados en la mencionada sesión, respectivamente, por los diputados suplentes Manuel Salvador Torrado y Ramón Mendoza Rincón, quienes figuran, en el mismo orden indicado, en el tercero y segundo renglón de la correspondiente lista de suplentes (F.66). Según certificación del Secretario de la Asamblea, "no existe en el archivo de la H. Asamblea Departamental ninguna nota-excusa de los Srs. Antonio María Patiño Gutiérrez y Angel María Corredor" (F. 82), que son los diputados suplentes que preceden a Manuel Salvador Torrado Torrado, quien reemplazó al principal Oscar Emilio Pallares Carrascal (Fs. 66, 76 y 77).

De los hechos que se han relacionado se deduce, por una parte, que no se adujo al juicio prueba alguna tendiente a demostrar que, como se afirma en la demanda, el diputado suplente Ramón Mendoza Rincón fué llamado a reemplazar al principal José Ananías Bautista sin que previamente se hubiera citado al efecto a Rosario Uribe de Cabrera, quien encabeza la lista de suplentes electos; por el contrario, en defecto de esa prueba, y en virtud de la presunción de legalidad de los actos acusados, cabe concluir que fue llamado a la Asamblea por impedimento o excusa del diputado suplente que le precedía. Además, que respecto del llamamiento a la Asamblea del diputado suplente Manuel Salvador Torrado Torrado, el hecho de que en el archivo de la Asamblea no exista "ninguna nota-excusa" de Antonio María Patiño Gutiérrez y Angel María Corredor, de suyo no significa que no se hubieran excusado de servir el cargo, mayormente si, como se deduce del Inc. 3o del Artículo 5o de la Ley 29 de 1969, invocado como violado las excusas deben presentarse ante el Presidente de la Corporación. Aparte de que, en la hipótesis de que este hecho se hubiera demostrado, no tendría por consecuencia la nulidad de los actos de elección, tanto porque no constituye una causal específica de la misma, como porque el elegido diputado suplente, llamado a reemplazar a un principal, al incorporarse a la Asamblea ejerce las funciones para que fue investido, sin perjuicio de que pueda infirmarse el acto de llamamiento, entre otros, por el suplente o suplentes omitidos o preteridos por decisión del Presidente de la Corporación.

5. *El cargo de violación del Artículo 83 de la Constitución.* El cargo consiste en que los doctores Fabio Peñaranda Ortega y Alvaro Ayala Pérez

fueron elegidos, respectivamente, Contralor y Subcontralor del Departamento de Norte de Santander sin el *quorum* decisorio requerido por la Constitución.

Según los Artículos 82 y 83 de la Constitución, para ‘la elección de funcionarios que hagan las corporaciones de elección popular’, con excepción de las mesas directivas, hasta el 19 de julio de 1974 se requieren ‘los dos tercios de los votos de los asistentes’, con la condición de que esté presente ‘la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación’.

En el caso *sub judice* asistieron a la reunión de la Asamblea Departamental del 20 de noviembre de 1972 los diez y siete (17) diputados que integran la Corporación (Fs.66, 76 y 77) y los doctores Fabio Peñaranda Ortega y Alvaro Ayala Pérez fueron elegidos respectivamente, Contralor y Subcontralor del Departamento por once (11) votos favorables. Como esta votación, en cada uno de los casos indicados, no alcanza a constituir las dos terceras partes de los diputados presentes, requeridas por el Artículo 83, parágrafo transitorio, Inc. 2o, de la Constitución, es evidente que los actos acusados son violatorios de esta disposición. Es cierto que en este caso el cómputo aritmético de las dos terceras partes da por resultado un guarismo con fracciones; pero, como ha sostenido la Sala, ante la imposibilidad de determinarlas, fraccionadamente, es preciso, para que puedan cumplirse el requisito y la finalidad del precepto constitucional, aproximarse a la unidad inmediatamente siguiente, lo que significa que, en el caso *sub judice* para que los actos de elección se hubieran podido adoptar válidamente se habría requerido una mayoría decisoria, no de 11, sino de 12 votos.

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, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de fecha 28 de septiembre de 1973, y en su lugar declara la nulidad de los actos por los cuales la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, en sesión del 20 de noviembre de 1972, eligió a los doctores Fabio Peñaranda Ortega y Alvaro Ayala Pérez, respectivamente, Contralor y Subcontralor del mismo Departamento.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eduardo Aguilar Vélez
Presidente

Oswaldo Abello Noguera

Alfonso Arango Henao

Alfonso Castilla Sáiz

Carlos Galindo Piniila

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Carlos Portocarrero Mutis

Gustavo Salazar Tapiero •

Nemesio Camacho R.

Jorge Dávila Hernández

Juan Hernández Sáenz

Alvaro Orejuela Gómez

Humberto Mora Osejo

Gabriel Rojas Arbeláez

Rafael Tafur Herrán

Hernando Franco Rojas
Secretario





TITULO VI

Juicios de Revisión de Impuestos

CAPITULO UNICO

Impuestos Nacionales

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS

SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA IMPOSITIVA. Cuando lo que se pide es que se dé aplicación al Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, en concordancia con el Artículo 36 de la Ley 63 de 1967, así habrá de tramitarse la solicitud sin que haya necesidad de entrar a discutir acerca de si se trata de una acción de mera nulidad o de una de aquéllas llamadas de plena jurisdicción, una de cuyas especies es la de revisión de impuestos.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., veinticuatro de enero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Radicación 2652. Apelación del auto del Tribunal del Atlántico por el que se denegó la admisión de la demanda sobre nulidad de una actuación administrativa relativa a liquidación de impuesto de renta y complementarios por el año de 1968.

Demandante: Jorge Stranch Gómez.

Proponente: Miguel Lleras Pizarro

El 26 de Junio de 1973 por intermedio de apoderado el señor Strauch presentó ante el juez y secretario primero civil del Circuito de Barranquilla demanda dirigida al Tribunal Administrativo del Atlántico para que mediante el procedimiento señalado en el capítulo 23 del título IV del Código de lo Contencioso Administrativo se decretase la nulidad de la resolución No. R-01961-H del 16 de Marzo de 1973 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Por auto de 18 de Agosto el Tribunal se abstuvo de dar curso a la demanda y ordenó la devolución de los documentos para que se la corrigiera con la siguiente argumentación:

“La Resolución demandada puso fin a la actuación administrativa por medio de los cuales (sic) se liquidaron los impuestos sobre la renta y complementarios al señor Strauch por el año gravable de 1.968.-

“El Artículo 271 del C.C.A., al tratar sobre los juicios de impuestos cuyo procedimiento está regulado por el capítulo XXIII de la misma obra, dice que toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente y se declare que no está obligada a cubrirlo o se haga una nueva liquidación en la cual se fije la suma a su cargo.

“En el presente caso el demandante a (sic) confundido la acción pública de nulidad de que trata el Artículo 66 del C.C.A. con la acción de revisión de impuestos, ya que no solicitó revisión alguna, sino que se limitó a pedir la nulidad de una Resolución, que por tratar de aspectos impositivos no puede tramitarse como una simple nulidad.

“Por otra parte, si de juicios sobre impuestos se trata, el demandante omitió acompañar copia de uno de los actos administrativos materia de la demanda, como es la de la liquidación oficial practicada por la Administración de Impuestos de Barranquilla y sin lo cual no está cumpliendo con el requisito exigido por el Artículo 86 de la Ley 167 de 1.941”.

El 12 de Septiembre por intermedio de distinto apoderado corrigió la parte petitoria de la demanda y acompañó el original de la liquidación de impuestos. La corrección consistió en insistir que se trataba de un juicio de nulidad que debería tramitarse conforme al procedimiento señalado en el Capítulo VII del Título II del Código de lo Contencioso Administrativo.

De nuevo rechazó la demanda el Tribunal por la insistencia sobre la acción de nulidad y no la de revisión de impuestos. Este auto es el que ha sido apelado y para resolver se

CONSIDERA

En opinión del Consejo el presente es uno de los casos en que la demanda debe ser interpretada teniendo en cuenta la intención expresada y no las palabras empleadas. Con todo, es un caso de fácil interpretación en donde además el demandante tiene toda la razón. Según el texto de su primer memorial y las copias de las resoluciones que acompaña, el señor Strauch reclamó oportunamente ante la administración local de impuestos nacionales de Barranquilla por la liquidación oficial número 109.008 de 2 de Marzo de 1971 sobre sus impuestos del año de 1968. La Resolución de primera instancia desechó el reclamo con el argumento de que no se había acreditado el pago de la cantidad correspondiente a la liquidación privada o a la proforma. Apeló ante la Dirección de Impuestos en donde se tramitó regularmente su reclamo por estar probado el pago oportuno de los impuestos y finalizó con la confirmación de lo reclamado.

Dentro del plazo legal presentó su demanda ante el Tribunal en la que se lee:

".... h) Con fecha abril 3 de 1973 se le notificó personalmente a mi poderdante la Resolución número R-01961-H, originaria de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que confirmó la liquidación recurrida.

"Ahora bien, el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 expresa textualmente: "Redúcense a dos años los términos señalados en el Artículo 36 de la Ley 63 de 1967 para decidir definitivamente las reclamaciones tributarias interpuestas a partir de la vigencia de la presente Ley. Si al vencerse dicho término la reclamación pendiente no hubiese sido *decidida en forma definitiva* (el subrayado es mío), se entenderá fallada a favor del contribuyente. El término a que se refiere este Artículo se contará a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación".

"El Artículo 52 del Decreto 1651 de 1961, reza textualmente:

"Diez días después de la notificación personal o de la desfijación del edicto, si no existen recursos o el interesado no los interpuso, la providencia queda ejecutoriada".

"En Sentencia de Marzo 20 de 1970, el H. Consejo de Estado consideró en su sabiduría conveniente hacer la siguiente aclaración:

"La expresión 'Recursos' del Artículo 36 comprende el recurso que se surte ante la Administración, llamado proceso gubernativo, que

puede constar de varias instancias, pero constituir un solo recurso. . . . El pensamiento del legislador fue el de acelerar la definición de tales procesos a fin de resolver situaciones que hiciesen clara la posición de los reclamantes. Pensar lo contrario sería interpretar a favor del fisco y no del contribuyente la ley tributaria cuando élla no es clara, diáfana o se presta a ambigüedades. Es demasiado conocido por lo justo el principio de que EN CASO DE DUDA LA INTERPRETACION DE LA LEY TRIBUTARIA SE HACE EN FAVOR DEL CONTRIBUYENTE (El subrayado es del H. Consejo de Estado)".

"El artículo 53 del Decreto 1651 de 1961 expresa claramente:

"Queda agotada la vía gubernativa cuando se cumple la ejecutoria de las providencias dictadas por la División de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de reclamación, reposición y apelación, o por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar el recurso de Reposición".

"Las normas legales y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado anteriormente transcritas, indican con meridiana claridad que, como en el presente caso, el recurso de reclamación fue interpuesto por mi poderdante el día 18 de Marzo de 1971, estando vigentes las normas contenidas en el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, la obligación de la Dirección General de Impuestos Nacionales era la de haber agilizado las actuaciones administrativas para que la providencia que debía definir la reclamación *en forma definitiva*, se notificara al contribuyente y surtiera así los efectos legales, *a más tardar* el día 17 de Marzo de 1973, fecha en que venció el término legal y, consecuentemente, la reclamación había de entenderse fallada en favor del contribuyente. Resultaría abiertamente ilegal pretender tomar la fecha de una providencia como el término en que se decide una actuación administrativa, en materia de impuestos. Sobre el particular el H. Consejo de Estado fue muy claro en su Sentencia de Noviembre 15 de 1966, cuando dijo:

"Un acto administrativo no rige sino cuando se notifica. Siendo un acto indispensable para que el interesado conozca la providencia que lo afecte, ésta no surte efectos legales sino una vez que se ha surtido la notificación".

"Y en el caso de autos, la notificación personal se surtió el 3 de abril de 1973, es decir, estando ya vencido el término perentorio señalado por el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

"Por todo lo anterior me permito solicitar muy respetuosamente a ese Honorable Tribunal, que con aplicación del procedimiento señalado en el Capítulo XXIII, Título IV del C.C.A. y con citación del Agente

del ministerio público, se sirva decretar la nulidad de la resolución No. R-01961-H dictada en marzo 16 de 1973 por la Dirección General de Impuestos Nacionales". Tanto la Ley 63 de 1967 como la 8a. de 1970 señalaron un plazo dentro del cual las oficinas de administración de impuestos nacionales pueden ejercer la competencia para resolver sobre los reclamos presentados por los contribuyentes, respecto de las liquidaciones de impuestos de renta y complementarios. Vencido ese plazo la administración pierde competencia y la resolución se produce tacitamente de modo favorable a las peticiones del reclamante por ministerio de la ley. Es pues la ley la que resuelve sobre el reclamo y no la administración. Cuando ésta se pronuncia fuera del término ejerce competencia de que carece y por lo tanto al acto es nulo.

El Consejo ha pronunciado muy numerosas providencias en las que se explica este fenómeno e incluso se añade que como se trata de verificar un hecho que consiste en el transcurso del tiempo no hay término de caducidad para perder esa verificación que debería hacer la propia administración de impuestos y en su defecto la justicia administrativa. No hay caducidad porque no se trata de pedir que se resuelva lo que ya está resuelto por ministerio de la ley sino, simplemente, que se reconozca ese hecho de la resolución tácita legal.

La insistencia del demandante sobre la acción de nulidad aunque novedosa no es descabellada porque ella resultaría de las circunstancias ya anotadas según la cual la administración pierde competencia para resolver y por lo tanto cuando lo hace fuera de tiempo incurre en abuso de poder. No obstante como la sola declaración de nulidad carecería de efectos prácticos es indispensable cuando la providencia se pronuncia por los tribunales que, después de verificado el hecho de la extemporaneidad de lo resuelto, se practique liquidación que esté conforme con las pretensiones presentadas ante la administración. Desde este punto de vista se asimila al juicio de Revisión de Impuestos aunque en realidad no hay revisión alguna.

Con los documentos que hay en el expediente se dispone de suficiente información para dar trámite a la solicitud del demandante sin necesidad de detenerse en la complicada discusión acerca de si se trata de una acción de mera nulidad o de una de aquellas llamadas de plena jurisdicción una de cuyas especies es la Revisión de impuestos. Lo que se pide es perfectamente claro y consiste en que se de aplicación al art. 9 de la Ley 8a. de 1970 en concordancia con el art. 36 de la ley 63 de 1967 ambas relativas al silencio que los tratadistas llaman positivo de la administración.

Por lo expuesto se resuelve:

Revóquese al auto apelado y en su lugar se dispone que el Tribunal Administrativo del Atlántico dé curso a la demanda por las razones que se explican en la parte motiva.

Cópiese y notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de Origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha veinticuatro de Enero de mil novecientos setenta y cuatro.

Juan Hernández Sáenz

Bernardo Ortiz Amaya
Con Salvamento de Voto

Gustavo Salazar Tapiero

Miguel Lleras Pizarro

Hernando Franco Rojas
Secretario

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.F., treinta de enero
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Expediente Nro. 2652
Actor: Jorge Strauch Gómez

Salvamento de voto de Bernardo Ortiz Amaya

Aún cuando el suscrito Consejero está de acuerdo con la parte resolutive de la providencia cuyo Ponente es el doctor Miguel Lleras Pizarro, en el negocio de la referencia, se ve obligado a salvar el voto en lo relacionado a determinados conceptos que aparecen planteados en la parte motiva de la misma, por no compartir ese criterio.

Las razones en que se funda este salvamento de voto son las mismas que sirvieron para el emitido por el suscrito, el 8 de octubre de 1973 (Actor: Hilda Capurro de Caycedo. Expediente No. 2542), y las opiniones que no se comparten por ser derivadas de la misma tesis a la cual se han formulado objeciones, son las siguientes:

“Tanto la Ley 63 de 1967 como la 8a. de 1970, señalaron un plazo dentro del cual las oficinas de administración de impuestos nacionales pueden ejercer la competencia para resolver sobre los reclamos presentados por los contribuyentes respecto de las liquidaciones de sus impuestos de renta y complementarios. Vencido ese plazo la administración pierde competencia y la resolución se produce tácitamente de modo

favorable a las peticiones del reclamante por ministerio de la Ley. Es pues la ley la que resuelve sobre el reclamo y no la administración. Cuando esta se pronuncia fuera del término ejerce competencia de que carece y por tanto el acto es nulo.

“El Consejo ha pronunciado muy numerosas providencias en las que se explica este fenómeno e incluso se añade que como se trata de verificar un hecho que consiste en el transcurso del tiempo no hay término de caducidad para pedir esa verificación que debería hacer la propia administración de impuestos y en su defecto la justicia administrativa. No hay caducidad porque no se trata de pedir que se resuelva lo que ya está resuelto por ministerio de la ley sino, simplemente, que se reconozca ese hecho de la resolución tácita legal.”

La tesis anterior es la misma esbozada por el H. Consejero Juan Hernández Saénz, en el expediente Nro. 2542 a que hicimos referencia anteriormente y, por lo tanto, las glosas hechas a ésta son aplicables en su integridad a las consideraciones transcritas en el presente negocio.

Ahora bien, la decisión de darle curso a la demanda, revocando la negativa del Tribunal del Atlántico, es consecuente con la nueva orientación del derecho procesal y concretamente con lo previsto por el C. de P.C. que en su Artículo 86 dispone: “El Juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente le corresponde aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”.

Bernardo Ortiz Amaya

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS

LIQUIDACION DE REVISION. No hay lugar a ella cuando el contribuyente lleva libros de contabilidad debidamente registrados y hay concordancia entre los asientos de contabilidad y los datos consignados en la declaración de renta.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., dos de mayo
de mil novecientos setenta y cuatro*

Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.

Ref: Expediente número 2467

Actor: Casa Toro S.A.

Mediante Resolución número R-4834-II de 12 de diciembre de 1960 la División de Impuestos Nacionales practicó revisión oficiosa a la sociedad comercial Casa Toro S.A., con domicilio en Bogotá, por el año de 1958, en el sentido de adicionar "a la renta gravada inicialmente la suma de \$ 54.000.00 correspondiente a arrendamientos recibidos durante el referido año de Colombiana de Distribuidores de Combustibles S.A., y no relacionados en la respectiva declaración".

Según la misma Resolución razón o motivo para la adición fue el informe suministrado por la Oficina de Censo de Contribuyentes quien lo tomó

“directamente de la declaración de renta de la Sociedad Colombiana de Distribuidores de Combustibles, S.A. presentada por el año de 1.958 y donde aparece haber solicitado como deducción de la renta bruta declarada la suma antes citada por concepto de arrendamientos pagados a Casa Toro S.A. y toda vez que las explicaciones dadas por ésta no son satisfactorias frente a la prueba de la Oficina de Censo de Contribuyentes”.

Las explicaciones son las que aparecen en la carta de 26 de agosto de 1.960 que obra a folio 25 de los antecedentes y que textualmente dice:

“Entre Casa Toro y Codi se han adelantado negociaciones para efectos de destinar la Estación de Servicio de propiedad de Casa Toro situada en la calle 13 con carrera 53, a expendio exclusivo de combustibles distinguido con el nombre ‘CODI’.

“Inicialmente se convino en realidad en darle la forma de un contrato de arrendamiento entre Casa Toro y Codi, pagando Codi la suma de \$240.000.00 anticipados con imputación en todo caso a un cánón mensual de \$4.500.00.

“Pero el desarrollo posterior del negocio vino a estructurar más propiamente un préstamo de Codi para Casa Toro por la suma de \$240.000.00, que Casa Toro viene amortizando con cuotas mensuales de \$4.500.00 y que han venido siendo religiosamente pagadas por Casa Toro a Codi. En todo caso el hecho cierto es que Casa Toro no ha dejado de explotar directamente, en ningún momento, como dueña la estación de servicio en mención.

“En tales condiciones, en los libros de contabilidad de Casa Toro quedó contabilizado un crédito a favor de Codi por la suma de \$240.000.00, y se han venido cargando a este crédito mes por mes, la suma de \$4.500.00 a medida que se le envía el cheque por esta cantidad a Codi. Estos hechos pueden verificarse en nuestra contabilidad en donde aparecen asentados estos pagos en las fechas en que se han venido realizando. Si realmente el contrato hubiera quedado concertado, en definitiva, como un contrato de arrendamiento, nosotros no habríamos estado pagando mes por mes, por giros directos a favor de Codi para amortizar el crédito, sino que estaríamos naturalmente abonando a arrendamientos recibidos.

“Es seguro que la confusión surge de la forma como Codi contabilizó la suma de \$240.000.00 que entregó a Casa Toro y que debió imputar a arrendamientos pagados directamente o por diferido o para diferir. Pero seguramente Codi habrá estado contabilizando las sumas de \$4.500.00 mensuales que le hemos pagado como arrendamientos recibidos por

ella, porque si no contabilizó deuda a nuestro cargo, no pudo haber estado abonando las sumas recibidas por ellos de nosotros a ninguna cuenta principal diferente de la anotada.

“Estas informaciones pueden ser verificadas por la propia Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, pero procuraríamos nosotros obtener de Codi la explicación y comprobantes que sean necesarios para dejar plenamente aclarada nuestra situación y establecer que no hemos cometido ninguna irregularidad en nuestra Declaración de Renta y Patrimonio, por omisión en declarar arrendamientos que no hemos recibido”.

Casa Toro interpuso reposición contra la liquidación de revisión, recurso que sustentó de la siguiente manera:

“Codi ha dicho que le pagó arrendamientos a Casa Toro durante el año de 1.958 por la cantidad de \$54.000.00 y sobre esa base le ha adicionado la renta a Casa Toro y le ha decretado un impuesto adicional con sanción por inexactitud. Casa Toro ha afirmado que lo que en realidad se celebró entre Codi y Casa Toro fue una operación de préstamo que Codi le hizo a Casa Toro en cantidad de \$240.000.00 con destino a la construcción de una estación de servicio para expendio de combustibles bajo la marca Codi y con la obligación de amortizarlo a razón de \$4.500.00 mensuales.

“Si Codi dice que pagó arrendamientos no puede explicarse cómo ha expedido a Casa Toro S.A. los recibos que por concepto de arrendamientos recibidos por ella de Casa Toro, y no pagados por ella a Casa Toro, presento con este memorial. Sería según estos recibos todo lo contrario de lo afirmado por ella que en vez de pagar arrendamientos recibió arrendamientos de Casa Toro S.A.

“Pero es que tampoco es eso lo cierto. Yo no sé por qué circunstancias comerciales o de orden interno Codi no le ha dado el tratamiento correspondiente a la realidad de la operación y ha deformado las cosas sin necesidad, o no sé con qué necesidad.

“Para confirmar lo dicho y probado con los recibos, acompaño también copia de los asientos de contabilidad que Casa Toro produjo en el año de 1.958, mes por mes, a cada uno de los abonos o pagos que hizo a Codi por la cantidad de \$4.500.00 en cada mes. Nótese al comparar estos comprobantes que Casa Toro le dió el tratamiento de amortización de un crédito que tenía abonado en sus libros a Codi, en tanto que Codi expidió recibos de arrendamientos recibidos. Pero en todo caso, aparece que quien recibe pagos periódicos por la suma de \$4.500.00

que totalizan la cantidad de \$54.000.00 en el año, fue Codi de Casa Toro y no lo contrario.

“Los libros de contabilidad de Casa Toro S.A. están a disposición de esa Jefatura para que verifique las aseveraciones tanto de su correspondencia como las que en este memorial formulo.

“Así establecida la verdad tiene que quedar rectificada en forma absoluta la afirmación en que fundamenta la liquidación adicional la Jefatura y, por tanto, tendrá que ser revocada totalmente para que en su lugar se dicte Resolución favorable a Casa Toro S.A.”.

El anterior recurso fue presentado el 11 de marzo de 1.961 y sólo lo resolvió la Dirección General de Impuestos Nacionales el 6 de enero de 1.967 mediante la Resolución número 50 en el sentido de no acceder a la revocatoria de la Resolución de Revisión, porque según esa oficina los comprobantes de contabilidad “no estaban certificados por la Superintendencia de Sociedades Anónimas”.

El 9 de mayo de 1.967 Casa Toro acudió en demanda de revisión de impuestos contra la operación de liquidación antes relacionada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando las mismas razones expuestas en la vía gubernativa, esto es, que nunca recibió el valor de los arrendamientos denunciados por Codi y que por lo tanto no se produjo el ingreso constitutivo de renta según el Artículo 1o. de la Ley 78 de 1.935, como lo había acreditado con los asientos de su contabilidad.

Mediante sentencia de 4 de octubre de 1.972 el Tribunal accedió a la revisión, hizo nueva liquidación con omisión de la renta adicionada y ordenó la devolución de la cantidad que fue pagada como consecuencia de la resolución acusada, con base en el siguiente razonamiento:

“Para proceder oficiosamente a revisar la liquidación por el año gravable de 1.958 la División de Impuestos Nacionales se basó concretamente en dos documentos, a saber: el oficio No. 02456 de 6 de junio de 1.960, por medio del cual se hizo el requerimiento a la sociedad demandante (fl. 22) y el memorando No. 01736 en que se pidió la revisión oficiosa contra Casa Toro S.A. (fl. 28).

“Sin embargo, las pruebas no consisten en esos documentos sino en las informaciones contenidas en el segundo de ellos en el sentido de que la oficina de Censo de Contribuyentes tomó directamente de la declaración de renta y patrimonio de Codi Petróleos S.A. los datos sobre los supuestos ingresos constitutivos de renta recibidos por Casa Toro durante el mencionado año fiscal.

“El principio general de derecho procesal sobre necesidad de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso para fundamentar cualquier decisión de carácter jurídico también rige expresamente en materia tributaria y al efecto puede citarse el Artículo 57 del Decreto 1651 de 1.961 que categóricamente prescribe que toda liquidación a cargo de un contribuyente, así como sus adiciones y reformas, deben fundarse en hechos demostrados ‘en el expediente respectivo’, por los medios universales de prueba contemplados en las disposiciones sobre el particular.

“En otros términos, no basta afirmar que existe un hecho contra un contribuyente, sino que es necesario allegar la prueba correspondiente al proceso respectivo porque de lo contrario el acto administrativo carece de respaldo legal.

“De otro lado, si conforme al artículo 80 *ibídem* los datos contenidos en esas declaraciones de terceros ‘tienen el valor de un testimonio’, es obvio que para estimar su poder de convicción de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Artículo 58 *ibídem*), han de obrar en los autos para que el juzgador tenga oportunidad de conocerlos directamente y no por medio de referencias, como fue lo ocurrido en el proceso de revisión oficiosa.

“No está demostrado pues, que la sociedad demandante, además de los ingresos relacionados en su declaración de renta y patrimonio, hubiera obtenido rentas por la cantidad de \$54.000.00 por concepto de arrendamientos recibidos de Codi Petróleos S.A.

“Por todo lo anterior resulta procedente revisar la operación contenida en los actos administrativos materia de la demanda y por medio de los cuales, en virtud de una revisión oficiosa, se reliquidaron los impuestos de renta y complementarios de Casa Toro S.A. por el año fiscal de 1.958.

“Como consecuencia de esa revisión es igualmente necesario ordenar la devolución de los dineros pagados por la sociedad demandante a causa de la operación administrativa que se revisa, ya que por el referido año gravable sólo estaba obligada a los impuestos liquidados definitivamente en la liquidación oficial y en los actos que la confirmaron y que no son objeto de controversia en este proceso”.

Contra la anterior sentencia apeló el Fiscal Cuarto del Tribunal doctor Medina Bermúdez, sin que se conozcan las razones o motivos para interponer tal recurso ya que nunca lo sustentó.

La apelación sólo fue concedida por auto de 12 de abril de 1973 y el negocio vino al Consejo de Estado el 29 de mayo del mismo año, esto es, que transcurrieron ocho meses entre la expedición del fallo de primera instancia y la llegada del expediente al superior.

El Fiscal Tercero del Consejo, doctor Solánilla, conceptúa que el fallo del Tribunal debe ser confirmado, pues de una parte los Artículos 15 de la Ley 81 de 1931 y 11 del Decreto 270 de 1953 en que se fundó la División General de Impuestos para dictar la Resolución impugnada, exigen que las informaciones en que se afiance la administración para la liquidación de revisión deben estar 'plenamente comprobadas', lo que ciertamente no resultaba en el caso examinado: y de otra que la sociedad actora sí había demostrado la verdad de sus afirmaciones con los comprobantes de su contabilidad.

Para resolver la apelación, la Sala

CONSIDERA:

De la explicación inicial dada por la sociedad demandante resultaba claro que se estaba en presencia de dos contribuyentes ligados por un contrato al que las partes daban distinto tratamiento contable, pues mientras una (Casa Toro) estimaba que se trataba de un préstamo que se iba pagando por cuotas mensuales de \$4.500.00 cada una, la otra (Codi) apreciaba las cuotas como precio del arrendamiento de una estación de servicio o gasolinera construída con dineros suministrados por Codi a Casa Toro y que ésta explotaba directamente.

Para salvaguardar tanto los intereses del fisco como los del contribuyente la División General de Impuestos Nacionales ha debido aclarar la situación plenamente como lo inanda la Ley, cosa que resultaba muy fácil examinando la contabilidad de Casa Toro y como ésta lo pedía, pues si se llevaba en libros debidamente registrados y de acuerdo con las normas legales y si había concordancia entre la declaración de renta y los asientos de contabilidad, no había lugar a la liquidación de revisión, pues tales asientos constituían plena prueba en favor de la sociedad, en tanto que el dato o informe sacado de la declaración de un tercero (Codi) era apenas un testimonio que había que entrar a examinar de acuerdo con las prácticas de la sana crítica (Artículos 17, 56, 62, 72, 77 y 80 del Decreto-Ley 1651 de 1961).

No obró así la Dirección General de Impuestos Nacionales de aquella época sino que se precipitó en forma imprudente a dictar la liquidación de revisión, con fundamento en el informe sacado de la declaración de renta de un tercero, sin verificar su exactitud, obligando así a la sociedad contribuyente a entrar en este proceso que lleva ya catorce años, por culpa de la misma Dirección que demoró seis años en resolver el recurso de reposición y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en donde permaneció otros

seis años en espera del fallo de primera instancia que decidiera la acción contenciosa. Es decir, que tal comportamiento es precisamente el contrario del señalado por el constituyente y el legislador que les tiene prescrito a los funcionarios públicos encargados de las liquidaciones de impuestos que deben tener por norma que la aplicación de las leyes y decretos que regulan la materia debe estar presidida por un sobresaliente espíritu de equidad y que la administración de justicia debe ser pronta y cumplida, esto es, conforme a los precisos términos que las Leyes señalen para proferir los fallos y completa así en la expedición de las sentencias como en su ejecución.

Es importante poner de presente que la Dirección General de Impuestos Nacionales no ha debido hacer la liquidación de revisión porque carecía de la prueba legal para incrementar la renta denunciada por Casa Toro, ya que el dato tomado de la declaración de renta de Codi en que se fundó requería comprobación, lo que no hizo. En cambio, se negó a examinar la contabilidad de Casa Toro como ésta lo solicitó en forma repetida, ya que de esa manera se habría podido verificar si los asientos concordaban con la declaración de renta y en caso afirmativo prevalecía ésta sobre el informe de un tercero sin comprobar.

Pero si por precipitud e imprudencia procedió a la liquidación para aumentar la renta de Casa Toro ha debido luego, al resolver la reposición, acceder a revocarla, una vez que la sociedad afectada acreditó con comprobantes tomados de su contabilidad que su declaración de renta estaba ajustada a la verdad contable. El argumento de la Dirección General de Impuestos para no proceder así, de que los comprobantes por no estar certificados por la Superintendencia de Sociedades Anónimas "no son por sí solos plena prueba para desvirtuar las afirmaciones hechas por la Compañía Codi sobre pagos de arrendamientos" resulta insólito y extravagante, pues de una parte la ley no exige esa formalidad para aceptarlos como medio probatorio y de otra no estaba acreditado en legal forma que Casa Toro hubiese recibido tales arrendamientos.

Lo antes dicho, agregado a los muy juiciosos razonamientos del Tribunal, a las consideraciones acertadas del Fiscal colaborador del Consejo, es suficiente para concluir que la sociedad actora tiene pleno derecho para que sus peticiones le sean resueltas favorablemente, en la forma en que lo hizo el Tribunal. Por lo demás, la nueva liquidación está correcta y la cantidad que se ordena reintegrar corresponde a la pagada con exceso.

En mérito de las consideraciones que anteceden 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:

Se confirma la sentencia apelada.

Envíese copia de este fallo a la Dirección General de Impuestos Nacionales para su conocimiento y cumplimiento.

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

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

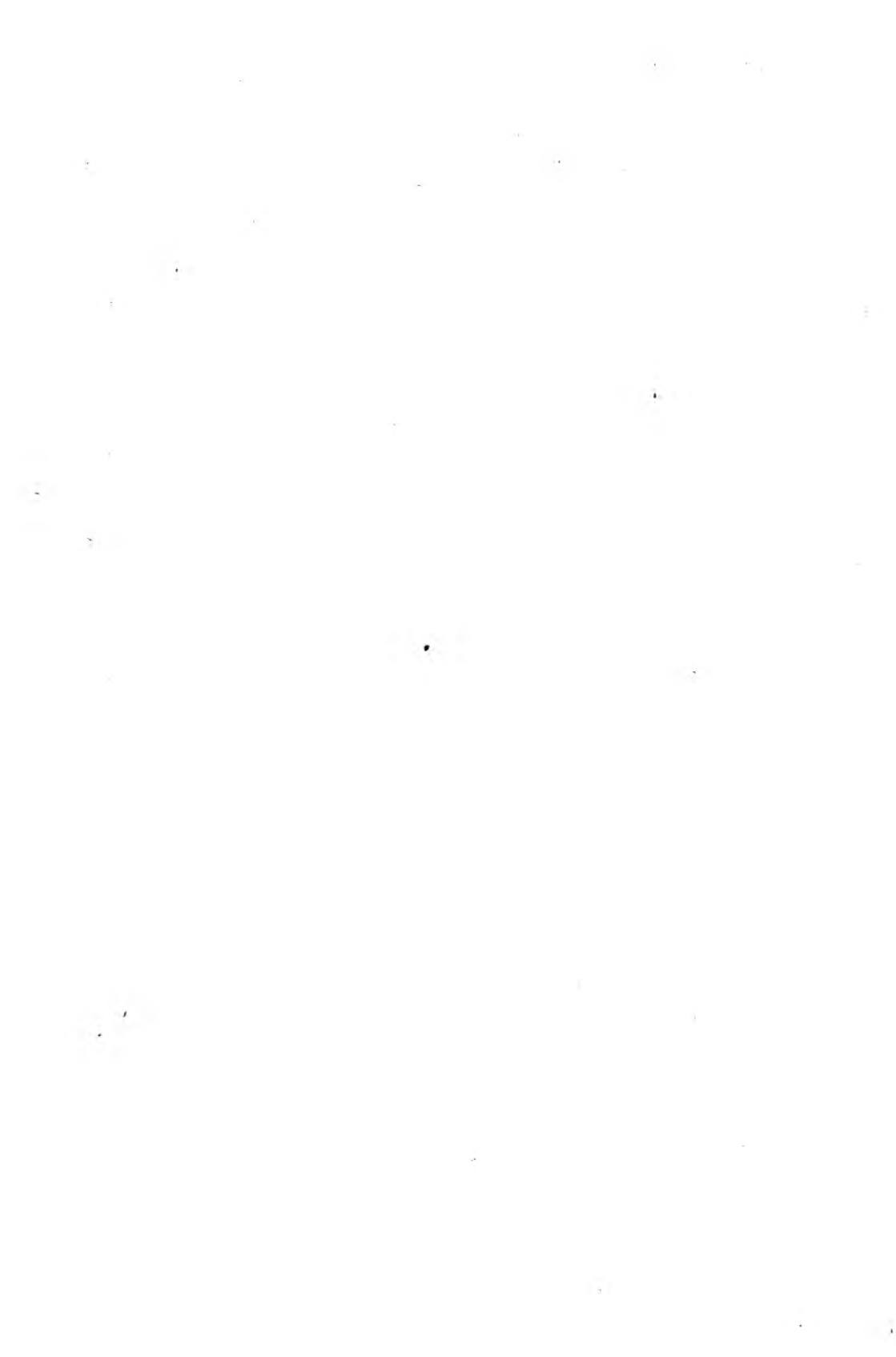
Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Saénz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya

Hernando Franco Rojas
Secretario

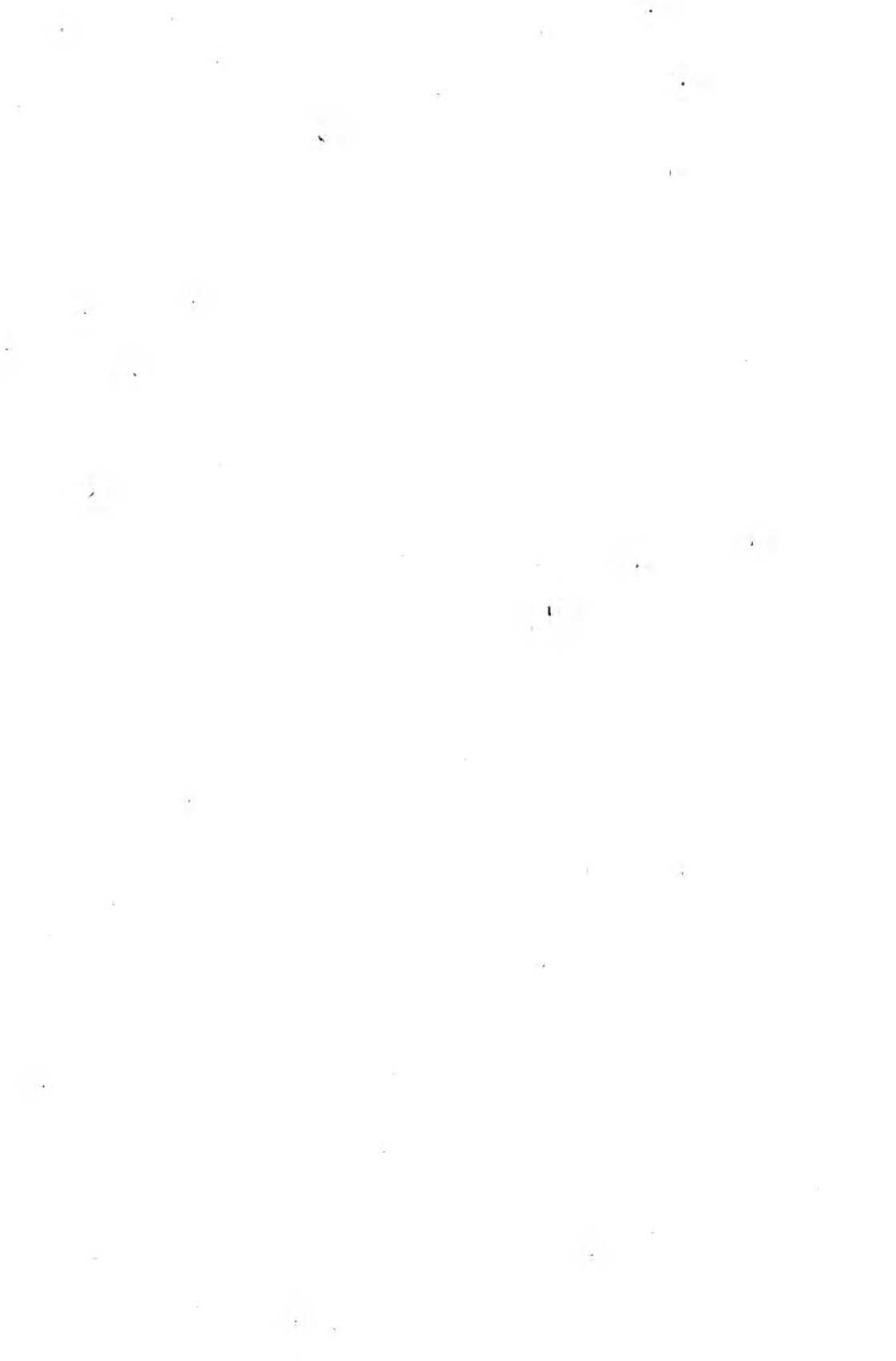


TITULO VII

Juicios Ejecutivos por Jurisdicción Coactiva

CAPITULO UNICO

Excepciones



JURISDICCION COACTIVA

EXCEPCIONES

JURISDICCION COACTIVA. Funcionario competente para adelantar el proceso. Improrrogabilidad de la competencia.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta

*Bogotá, D.E., diez y ocho de abril
de mil novecientos setenta y cuatro*

Ref.: Expediente No. 2629

Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz

El 27 de diciembre de 1967 la Sección de Cobranzas y Ejecuciones de la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja libró mandamiento de pago contra Luis Eduardo Acosta Alvarez por la suma de \$ 93.125, intereses y costas de la ejecución (folio 2 de este cuaderno). Adujo como título un certificado del Administrador de Impuestos Nacionales de esa ciudad en el cual se dice que Luis Eduardo Acosta Alvarez le debe a la Nación aquella cantidad por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1964 (folio 1, *ibid*).

Mediante auto del 10 de marzo de 1971 (f. 28 *ibid*) la ejecutante comisionó al Jefe de Cobranzas y Ejecuciones de Bogotá para notificarle el mandamiento de pago al señor Luis Gabriel Acosta Alvarez porque el Secretario *ad hoc* del comitente le informó a éste que tal señor residía en la carrera 28 Bis No. 51-34 de Bogotá (f. 28 *ibid*). La notificación vino a hacerse el 21 de mayo de 1973, según se lee al folio 11 del cuaderno segundo del expediente.

En seguida el notificado Luis Gabriel Acosta Alvarez, por intermedio de apoderado, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, como perentoria de fondo, de falta de jurisdicción o competencia por parte del funcionario que adelanta la ejecución fiscal, como excepción previa, y la de nulidad, sin calificar su naturaleza.

Se les dió a las excepciones propuestas el trámite legal y se practicaron las pruebas que solicitó el actor quien, además, alegó oportunamente en defensa de sus pretensiones.

Las actuaciones procesales que acaban de mencionarse dejan en claro que el señor Luis Gabriel Acosta Alvarez aceptó de manera implícita ser la persona contra la cual se dirige la presente ejecución, pues compareció a ella y nada ha reclamado en cuanto a la identidad del deudor.

Esclarecido este punto, corresponde ahora examinar en primer término la excepción de falta de competencia o de jurisdicción del funcionario ejecutante, dadas su naturaleza y la calidad de previa con que fue propuesta. Consiste, para el ejecutado, en que por ser su domicilio la ciudad de Bogotá, la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja carece de competencia para adelantar contra él este juicio, conforme a lo dispuesto por los Artículos 12, 13, 23, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

El excepcionante adujo en respaldo de sus asertos los testimonios del doctor Francisco Barrera Granados (f. 92 de este cuaderno) y del señor Gustavo Amorochó (f. 93 *ibid*) y fotocopias expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá de sus liquidaciones oficiales del impuesto sobre la renta y complementarios correspondientes a los años de 1965 a 1972 y de algunas de sus declaraciones de renta y patrimonio por varias anualidades comprendidas dentro de ese período (fs. 122 y 123, 126 a 128, 132 a 134, 137 a 168 *ibid*), documentos en los cuales aparece siempre que el señor Luis Gabriel Acosta Alvarez está domiciliado en Bogotá y su dirección es Carrera 28 Bis No. 51-34 de la nomenclatura de dicha ciudad.

SE CONSIDERA:

El Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, (invocado por el excepcionante), tiene dispuesto en su regla 17 que en los procesos conten-

ciosos donde sea parte actora la Nación, su conocimiento corresponde al Juez del Circuito de la vecindad del demandado. Ello significa que en las ejecuciones fiscales para el recaudo de créditos pertenecientes a la nación, donde el funcionario ejecutante obra como Juez y representa simultáneamente los intereses del acreedor, tiene la competencia para adelantar el proceso el empleado nacional investido de jurisdicción coactiva, que, conforme a la ley, pueda ejercerla en el sitio donde tenga su domicilio el deudor o demandado. Y como la competencia judicial es absolutamente improrrogable, según lo enseña el Artículo 13 del Código, (también invocado por el excepcionante), ha de concluirse que el mismo principio se predica en cuanto a los ejecutores fiscales, pues aunque por regla general son funcionarios de la administración, ejercen atribuciones propias de los jueces cuando actúan de modo compulsivo para obtener el pago de créditos a favor de las entidades públicas.

Al aplicar los principios anteriores en el asunto *sub judice*, donde todos los documentos traídos al expediente como prueba de esta excepción, muestran que el señor Luis Gabriel Acosta Alvarez es vecino de Bogotá desde 1965 y que tal hecho lo reconocen expresamente las mismas autoridades tributarias en el texto de las liquidaciones oficiales del impuesto sobre la renta a partir de aquel año, resulta evidente que el 27 de diciembre de 1967 cuando la Sección de Cobranzas y Ejecuciones de la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja libró el mandamiento de pago para iniciar el cobro a que se refiere la presente ejecución fiscal, dicha oficina carecía de competencia para proceder así, porque la vecindad del demandado no era entonces ni es ahora Tunja sino Bogotá.

Esta conclusión la corrobora el propio funcionario ejecutante, pues en auto del 10 de marzo de 1971 (f. 28 de este cuaderno) decidió comisionar al Jefe de Cobranzas y Ejecuciones de Bogotá para que le notificara el mandamiento de pago al señor Luis Gabriel Acosta Alvarez, por ser Bogotá el lugar de su residencia, según se lo informó al ejecutor su Secretario *ad hoc*.

Nada más hace falta añadir para encontrar que está probada la excepción que se analiza y que por lo tanto, debe prosperar con el alcance de ponerle fin al juicio, conforme a la regla 4a. del Artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, ya que lo previsto en la regla 5 del mismo texto en cuanto a que la prosperidad de la excepción previa de incompetencia de jurisdicción sólo da lugar al envío del proceso a quien sea competente para conocer de él, con el fin de que resuelva sobre las demás excepciones que se hubieran propuesto, no tiene aplicación en el caso que se estudia, desde luego que como la competencia para decidir sobre todas las excepciones que se plantearon le corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y través de esta Sección Cuarta, no habría organismo legalmente hábil a quien remitirle el proceso para cumplir esa finalidad y

continuar el trámite, si fuere lo pertinente, llegándose así en la práctica a una denegación de justicia cuya iniquidad sería manifiesta, máxime aún si se tiene en cuenta que nadie discute la competencia del Consejo para proveer sobre los temas planteados sino la del funcionario ejecutante para intentar la ejecución fiscal de que se trata.

La prosperidad plena de la excepción que se estudió ocasiona, además de la finalización del juicio, el desembargo de los bienes perseguidos, según lo prevé la misma regla 4 del mencionado Artículo 520 y así habrá de decretarse también.

Al aparecer comprobada esta excepción, no hace falta el examen de las restantes, tal como lo dice el Artículo 306 del aludido Código.

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 .

Declárase probada la excepción de incompetencia de jurisdicción del funcionario ejecutante para adelantar la presente ejecución fiscal. Por consiguiente, se ordena hacerla cesar y desembargar los bienes del ejecutado perseguidos en el juicio.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 18 de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Saénz

Miguel Lleras Pizarro

Bernardo Ortiz Amaya.

Hernando Franco Rojas
Secretario

El Consejo de Estado, en Sala Plena, y

CONSIDERANDO :

Que el 27 de marzo del año en curso falleció en esta ciudad el señor doctor Eduardo Santos;

Que el doctor Santos fue ciudadano ejemplar, eminente jurista y eximio patriota, que dedicó su vida al servicio de la República y de manera especial a la defensa de las instituciones democráticas y de las libertades públicas;

Que representó a la Nación ante gobiernos extranjeros y organismos internacionales en donde defendió con brillo e hizo triunfar los derechos de Colombia; y

Que desempeñó con decoro y dignidad el cargo de Presidente de la República en el período constitucional de 1.938 a 1.942,

RESUELVE :

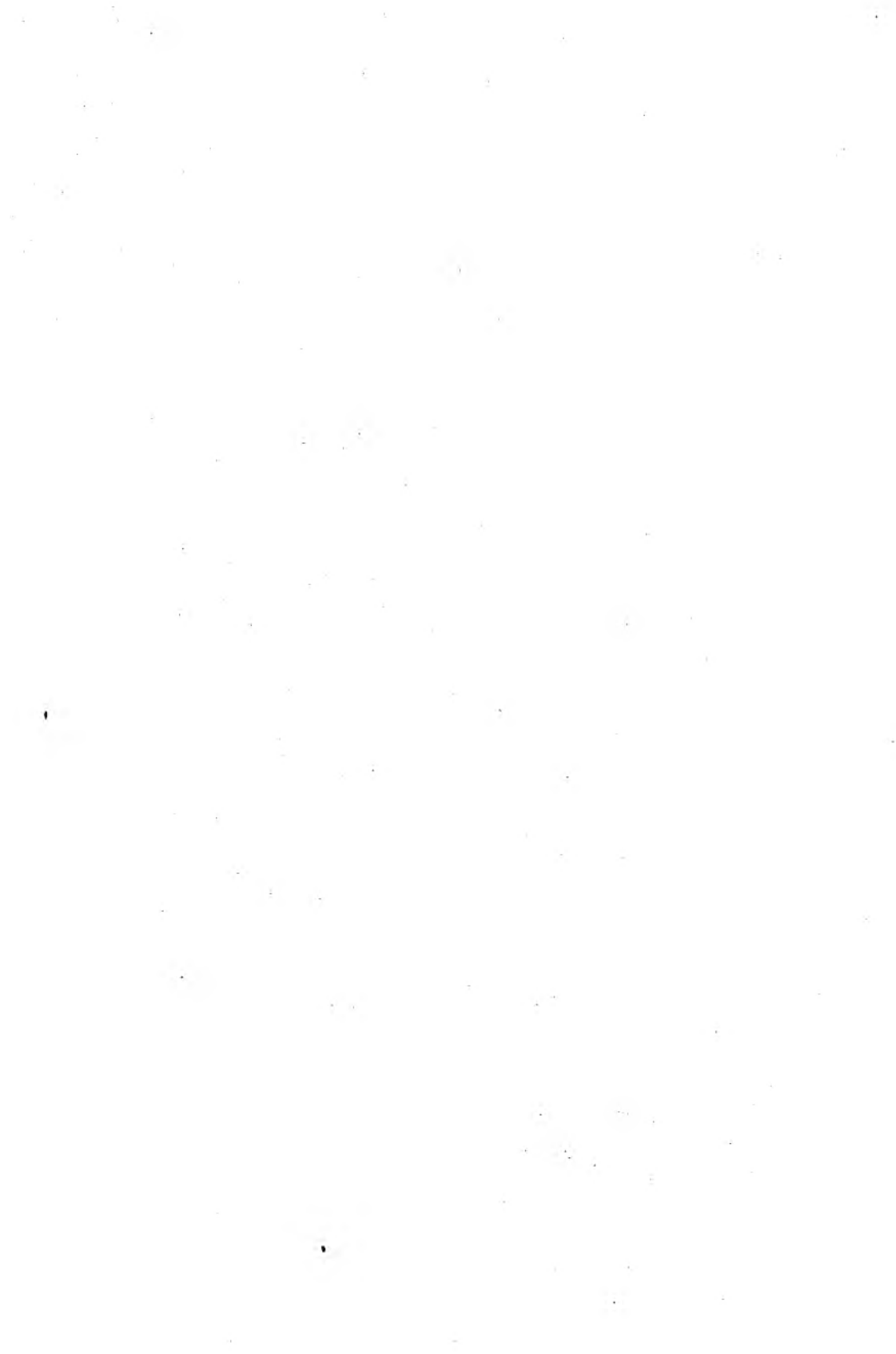
Honrar y enaltecer ante las generaciones presentes y futuras el nombre y la memoria del doctor Eduardo Santos y asociarse al duelo nacional por su muerte.

Transcribese esta Resolución en nota de estilo a la familia del ilustre desaparecido y publíquese en los Anales del Consejo y por la prensa.

Bogotá, abril 2 de 1.974



INDICES



A

1. ACCIONES.

De Sociedades Anónimas. Su negociación. Requisitos. A pesar del principio según el cual los administradores no pueden negociar con acciones de la sociedad que administran la excepción permite que lo hagan con dos condiciones: 1o. Que no tengan ánimo especulativo, o sea que el negocio no se haga con el propósito de enriquecerse y 2o. Que se obtenga autorización previa de la junta directiva. Debe insistirse en la razón por la cual la ley exige el cumplimiento de este segundo requisito. Que los administradores negocien con las acciones de la sociedad que administran sin el conocimiento de los demás accionistas es ardid que puede evitarse, según lo supone la Ley, con el informe previo que se da a los representantes de los accionistas, que son los miembros de su junta directiva, quienes han de autorizar la compra o la venta de las acciones, si encuentran que de la operación no se deduce daño alguno para los demás accionistas.

Las excepcionales facultades de orden penal de que dispone el superintendente bancario no pueden ejercerse para la exclusiva protección de los intereses económicos meramente privados. Empero, puede ejercerse esta excepcional facultad sin necesidad de queja ni demostración del perjuicio, si lo vulnerado no es el interés particular sino el interés público.

(Sentencia de Febrero 7 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Carlos Pacheco Devia y otro. Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 1367 y 1617 de 1972 del Superintendente Bancario. Expediente No. 2238)..

2. ACTOS SEPARABLES.

La nulidad de éstos puede pronunciarse por la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de la validez misma del contrato, mientras no sea declarada su nulidad por el juez competente. Según la Constitución, un acto administrativo es complejo, si para su existencia requiere el concurso esencial de las decisiones del Concejo y del Alcalde; además, puesto que la Constitución atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las acciones que se propongan contra los acuerdos municipales, como también de las objeciones del Gobernador contra los mismos por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, así estos actos son separables de cualquier otro acto celebrado mediante su autorización o aprobación. Este criterio, trina bajo el concepto de "actos separables", en el sentido de que, contra los actos "de carácter unilateral que hayan concurrido a la formación de un contrato", puede promoverse la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en forma separada o diferente de las controversias que versen sobre el contrato mismo, de manera que, respecto de aquéllos, exista la posibilidad, que toda persona pueda pretender que prevalezca la legalidad, mientras que en cuanto a éste solo las partes contratantes, sus causahabientes o El Ministerio Público pueden pedir su nulidad por objeto ilícito. (Salvedad de voto de los Consejeros Dres: Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández, a la providencia de marzo 20 de 1974, en que fue Ponente el Consejero, Dr. Carlos Galindo Pinilla. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Acción de nulidad contra el Concejo Municipal de Bucaramanga. Expediente No. 1867). (Ver No. 3 del Índice).

381

3. ACUERDOS APROBATORIOS DE CONTRATOS.

Es necesario examinar la naturaleza del contrato, al cual se incorpora el acto de aprobación, porque según sea ella, será la competencia de la jurisdicción ordinaria o de la contencioso administrativa. El objeto de la convención colectiva no es la relación de derecho público que existe entre el Municipio y sus empleados o funcionarios sino la relación de aquel con otra categoría de sus servidores los llamados simples trabajadores oficiales, que no se cataloga en nuestro derecho positivo como administrativa, sino como de naturaleza laboral. Para las controversias jurídicas que se susciten por razón de las relaciones que revistan este carácter existe

una jurisdicción especial, organizada en los términos del Código Procesal Laboral y normas concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, el contencioso que se derive de este tipo de relaciones, así sea que la pretensión se vincule directamente al derecho positivo como administrativa, sino como de naturaleza laboral. Para las controversias jurídicas que se susciten por razón de las relaciones que revistan este carácter existe una jurisdicción especial, organizada en los términos del Código Procesal Laboral y normas concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, el contencioso que se derive de este tipo de relaciones, así sea que la pretensión se vincule directamente al acto de aprobación, no es de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, sino de los del ramo laboral. (Auto de marzo 20 de 1974. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador: Dr. Carlos Galindo Pinilla, con salvedad de voto de los Consejeros Dres.: Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 106 de diciembre 7 de 1971, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga. Expediente No. 1867). (Ver No. 2 del Índice). . .

381

4. ACUERDOS MUNICIPALES.

Alcance del artículo 11 del Decreto Reglamentario No. 49 de 1932. Si bien lo previsto en este Artículo tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un Acuerdo. En cuanto al quebranto de lo previsto en los Artículos 9o. a 11o. del Decreto reglamentario número 49 de 1932, relativo a no haber citado el Concejo de Pereira en el texto de los acuerdos y en forma "precisa", la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos, esta Sala considera, que una omisión de carácter eminentemente formal, como la apuntada, que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo. Distinta sería la situación si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expide el acto o bien, cuando signifique la omisión de un requisito substancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostenta la informalidad que se comenta y que, ellas sí, harían anulable el acto por su propio contenido material. De otra

parte, se torna aún más intrascendente la omisión que se analiza, si se toma en consideración el principio de que la Ley se presume conocida por los gobernados (Artículo 56 del C. de R.P. y M., y Artículo 9o. del C.C.). presunción que abarca el conocimiento de las normas que establecen las materias sobre las cuales tienen competencias que establecen las materias sobre las cuales tienen competencia los Concejos Municipales para la administración de los asuntos locales y cuya transgresión implica la nulidad de los actos que expidan. Cabe anotar que la Constitución no exige respecto de las Leyes que expide el Congreso el cumplimiento de formalidades como la contenida en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932, para los acuerdos, sin que en ello se haya visto obstáculo o impedimento alguno para el cumplido ejercicio de la acción de inexecutable en orden a salvaguardar la integridad de la Carta. A similar conclusión se llega en el ámbito de las normas de carácter municipal, frente a las cuales puede ejercerse la acción de nulidad, sin que la guarda de la legalidad sufra menoscabo alguno por haber incurrido un Concejo Municipal en la omisión de que se trata. Las anteriores consideraciones, llevan a la Sala a concluir que si bien lo previsto en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932 tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un acuerdo. En los anteriores términos la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, modifica la jurisprudencia existente en cuanto al alcance del Artículo 11 del Decreto 49 de 1932. (Sentencia de junio 11 de 1974. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández, con salvedad de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Antonio Ocampo Ramos. Acción de nulidad contra varios Acuerdos del Concejo Municipal de Pereira. Expediente 1950). NOTA: Esta jurisprudencia rectifica la sostenida en sentencias de 11 de agosto de 1969 y 25 de abril de 1970 (Anales, Tomo LXXVIII, Nos.: 425 - 426 Págs. 247 y S.S.). (Ver No. 5 del Índice).

5. ACUERDOS MUNICIPALES.

Si al expedirse, no se citan las normas que facultan a los Cabildos para dictarlos, los Acuerdos son anulables por quebrantar un texto de superior jerarquía, como lo es el Artículo 11 del Decreto Reglamentario No. 49 de 1932. De lo preceptuado por el Artículo 20 de la Constitución surge el principio de que así

como a los particulares les está permitido hacer todo lo que no les haya sido prohibido expresamente por la Ley, a las autoridades solo les es lícito hacer lo que la Constitución, las leyes u otras reglas de derecho pertinentes les hayan atribuído de manera expresa. Y como los Concejos son cuerpos administrativos del orden municipal, es decir tienen funciones públicas, rige para ellos aquel mismo principio, hasta el punto de que la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal, entre otros estatutos, les recuerdan en varias disposiciones que solo pueden obrar dentro del marco de la Carta, las leyes y las ordenanzas, en su caso, o sea en ejercicio de facultades que de manera expresa se les hayan otorgado. Nada nuevo añade entonces en esta materia lo estatuido por el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932 al exigirles a los Cabildos que cuando vayan a expedir algún Acuerdo citen el precepto de orden superior que los facultó para obrar. Se trata apenas de recoger en un texto expreso el principio que fluye de la Constitución y de las leyes y conforme al cual la competencia de los Concejos es subalterna o reglada, a diferencia de lo que acontece con el Congreso que es el cuerpo legislativo soberano de la Nación, sujeto únicamente en su obrar a los ordenamientos constitucionales. La exigencia hecha a los Concejos por el Artículo 11, es pues, únicamente una garantía para el ciudadano frente a los actos de la autoridad, que cuando cita el precepto que la autoriza para obrar le indica a las gentes de donde surge el poder que ejerce; e invita al Cabildo a la vez tal exigencia a reflexionar en cuanto a sus funciones para precaverlo de incurrir en arbitrariedad por ligereza, descuido o negligencia en la expedición de Acuerdos sin tener la competencia para hacerlo. Si como queda visto, es evidente la legalidad del Artículo 11 del Decreto Reglamentario 49 de 1932, resulta más claro todavía que si al expedirse un Acuerdo se omite su observancia, es decir no se citan las normas que facultan al Cabildo para dictarlo, el Acuerdo es anulable por quebrantar un texto de superior jerarquía, el Artículo 11, e inclusive puede pensarse también que tal omisión implica además un vicio de forma en la expedición del Acuerdo que lo haría anulable asimismo por este aspecto, ya que inclusive respecto de las leyes la Corte Suprema de Justicia ha predicado su inexecutableidad cuando se ha incurrido en violación de los trámites formales previstos en la Carta para expedirlas. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz, a la sentencia de 11 de junio de 1974, de la Sala Plena de lo Contencioso Administra-

tivo, en que fue Ponente el Consejero Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Antonio Ocampo Ramos. Acción de nulidad contra varios Acuerdos del Concejo Municipal de Pereira. Expediente No. 1950). (Ver No. 4 del Índice).

397

6. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO.

Su campo de acción no puede ser limitado por disposiciones reglamentarias. Se declara nulo el Decreto No. 1226 de 27 de junio de 1973. El Artículo 1o. del Decreto acusado, está imponiendo un nuevo requisito al depósito en almacenes generales, desde el momento en que exige para el depósito de los productos agrícolas, una autorización previa del Ministerio de Agricultura, excediéndose así el contenido de la Ley. Si el reglamento según los doctrinantes y la reiterada jurisprudencia del Consejo, debe limitarse a dar facilidad de aplicación a la Ley y para que ella cumpla a cabalidad los efectos para los cuales fue dictada, sujetándose en un todo a sus disposiciones, la potestad reglamentaria no puede jamás rebasar los límites fijados por la propia norma cuya reglamentación se pretende. Y si tal sucede, habrá exceso en el ejercicio de esa potestad, con violación del numeral 3o. del Artículo 120 de la Carta. (Sentencia de 17 de junio de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Hernán Moreno Pineda. Acción de nulidad contra los Artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 1226 de 1973. Expediente No. 2018).

190

C

7. CAMARAS DE COMERCIO.

Su origen histórico. Naturaleza jurídica. Históricamente es bien conocido el origen de las Cámaras de Comercio. Se remonta a las asociaciones de Comerciantes de la Edad Media que para la época de la revolución francesa habían alcanzado gran auge y que como consecuencia de ese movimiento ideológico sufrieron considerable eclipse. Resurgieron con posterioridad y a lo largo del último siglo se desarrollaron extendiéndose a los diferentes países. Siempre con la característica principal de ser organizaciones de los comerciantes destinadas a velar y propender por los intereses del gremio. Esto al lado de ciertas funciones de fomento. Pero predominando el aspecto gremial. La controversia acerca de la naturaleza de las Cámaras de Comercio no es de ahora. Por

razón de sus varias funciones pues también han llegado a asumir funciones administrativas, se ha discutido si tienen carácter exclusivamente gremial o si alcanzan la categoría de organismos oficiales. Descartado que pueda tenérseles como simples dependencias oficiales, si algo fueran dentro de la clasificación de nuestras entidades descentralizadas, estos organismos dotados de personería jurídica corresponderían al tipo del establecimiento público. Pero, también si algo ha quedado claro a partir de la expedición del C. de Co. o Decreto 410 de 1971, es precisamente que no tiene esa calidad. En efecto: no obstante haberseles querido atribuir aquel carácter por algunos miembros de la Comisión Revisora y no obstante también que al Gobierno se le hizo llegar esa inquietud queriendo provocar una definición del punto, las cosas no se cumplieron así. Sabido es que la Ley 16 de 1968, Artículo 20, ordinal 15, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias "para que previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia el proyecto de Ley sobre C. de Co. que se halla a la consideración del Congreso Nacional". Tratase del proyecto del año de 1968. La Comisión se integró el mismo año de 1968 y en 1971, dividida, rindió informe de sus labores. El Presidente de la República que como se ha visto estaba autorizado "para expedir y poner en vigencia el proyecto en discusión, ante la disparidad optó por dejar las cosas como estaban en la legislación precedente y repitió en el texto definitivo del Decreto 410 de 1971, la expresión "instituciones de orden legal" empleada por la Ley 28 de 1931 para definir las Cámaras de Comercio. "Instituciones de orden legal" entiende esta Sala— no en el sentido de oficializarlas o incorporarlas a la Administración Pública, que no fue lo que se propuso la Ley, "De orden legal", solamente para que quedara claro que escapan a la libre estipulación de los comerciantes interesados y que deberán regirse por lo dispuesto en la Ley en cuanto a su organización y funcionamiento. Todo indica que se procedió así por no creerse indispensable al mejor funcionamiento de las Cámaras de Comercio el instituir las como establecimientos públicos. Aún más: no se creyó facultado el Presidente para hacerlo por corresponder la creación de establecimientos públicos al legislador ordinario de acuerdo con la Constitución. No cabe duda de que conforme a la historia de su establecimiento el C. de Co. excluye que pueda tenerse a las Cámaras de Comercio como establecimientos públicos. (Sentencia de 22 de mayo de 1974. Sala de lo Contencioso Administra-

tivo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafar Herrán con salvedad de voto del Consejero Pr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: César Dulcey Ledesma. Acción de plena jurisdicción contra la resolución No. 12 de 26 de febrero de 1968 expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca. Expediente No. 1722. (Ver Nos. 8, 9, 10 y 11 del Índice).....

337

8. CAMARAS DE COMERCIO.

Naturaleza Jurídica. Su origen, creación legal, organización y funcionamiento. Conviene, ante todo, estudiar y analizar, a la luz de la legislación positiva vigente y de la doctrina, la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, con el fin de determinar, luego, el carácter que tienen los funcionarios, empleados o servidores que se encuentran bajo la dependencia de dichas Instituciones. Tres grandes sistemas jurídicos explican en el mundo la organización y funcionamiento de las Cámaras de Comercio, a saber: a) El sistema francés, seguido, asimismo, en Alemania e Italia. Según él las Cámaras de Comercio son consideradas como establecimientos públicos. b) El sistema inglés, que se caracteriza por la circunstancia de que las Cámaras se constituyen libremente entre comerciantes, como asociaciones de derecho privado. c) El sistema español, que las cataloga como entidades de carácter oficial, pero encargadas de velar por los intereses locales y generales del comercio y de la industria. En nuestro país, el Artículo 3o. de la Ley 28 de 1931 preceptúa que las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal, con personería jurídica desde el momento de su instalación y representadas por sus respectivos presidentes y por sus apoderados debidamente constituidos. Por su parte el nuevo C. de Co. (Decreto 410 de 1971), estatuye lo siguiente: "Las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal, con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nal., de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos Presidentes". No ha dicho la Ley colombiana que las Cámaras de Comercio sean entidades o corporaciones de derecho privado, ni tampoco, en forma expresa, que constituyan entidades públicas descentralizadas del orden nacional. No obstante, tanto la Ley 28 como el nuevo C. de Co., dan un indicativo que no puede soslayarse, o sea que las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal. Y, entonces,

¿qué debe entenderse por *institución de orden legal*? Son aquellas que nacen a la vida jurídica por virtud de un mandato legal, esto es, que su origen lo constituye un ordenamiento positivo del Estado. *Institución*, entre otras cosas, —no haciendo referencia, desde luego, a la teoría institucional tan en boga en el derecho público y en el campo del derecho societario—, significa establecimiento, fundación, creación, lo fundado o establecido, cada una de las organizaciones principales de un Estado. (Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, pág. 400). De donde cabe deducir que la institución de orden legal no es otra cosa que el ente jurídico creado por la Ley, en oposición a las instituciones de derecho privado cuya causa jurídica y eficiente se encuentra en el negocio de carácter particular, llámese acuerdo de asociación, contrato de sociedad o iniciativa fundacional. Desde luego, que no puede confundirse la autorización expedida por la autoridad pública, como requisito para el debido funcionamiento de ciertas corporaciones y fundaciones de derecho privado, con el acto de creación de la persona jurídica, pues el origen legal de ésta, agrega un valor de insospechada importancia para entrar a determinar si ella pertenece a la esfera del derecho privado o a la del derecho público: si es persona jurídica privada o si es persona jurídica pública o de derecho público. Es por ello que el Artículo 80 de la Ley 153 de 1887, con singular nitidez, que excluye cualquier equívoco, expresa lo siguiente: "La Nación, los Departamentos, los Municipios, los Establecimientos de Beneficencia y los de Instrucción Pública, y las Corporaciones *creadas o reconocidas* por la Ley, son personas jurídicas". La norma en cuestión estima, por consiguiente, dos categorías de personas jurídicas: las creadas por la Ley (personas públicas) y las reconocidas por la Ley (personas privadas). Y ese origen legal, esa creación de *iure* público, sigue indicando su importancia en otras personas públicas, ya sean centralizadas o descentralizadas. En efecto, el Artículo 1o. de la Ley 2o. de 1943 determina que las Intendencias y Comisarías de que habla el Artículo 5o. de la Constitución Nacional, son personas jurídicas; y los Artículos 5o. y 6o. de aquel estatuto, señalan, en su orden, que los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como "*organismos creados*" son también personas jurídicas. En resumen las personas jurídicas de derecho público, son las que siguen: La nación, los Departamentos, los Municipios, las Intendencias, las Comisarías, las Entidades ~~Descentralizadas~~, (establecimientos pú-

blicos y empresas estatales) del orden Nacional, Departamental o Municipal. Ahora bien, por la propia definición ha quedado ya establecido que las Cámaras de Comercio son de creación legal, y además, señalado el principio de que ese origen del respectivo entre, les confiere la personalidad de derecho público. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez, a la sentencia de 22 de mayo de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: César Dulcey Ledesma. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 12 de 26 de febrero de 1968, expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca. Expediente No. 1722). (Ver 7, 9, 10 y 11 del Índice).

337

9. CAMARAS DE COMERCIO.

De acuerdo con las normas legales vigentes son Establecimientos Públicos. Las Cámaras de Comercio tienen su origen en la Ley, y precisamente por tal causa que imprime carácter a la luz del derecho público colombiano vale examinar a qué categoría de personas jurídicas públicas descentralizadas, pertenecen. De antemano y por exclusión no pueden ser empresas industriales y comerciales del Estado; por cuanto éstas desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial que no se compadecen con las atribuciones y funciones públicas otorgadas al efecto por la Ley a las referidas Cámaras. Lo único de común entre éstas y las empresas estatales, que viene a constituir, por así decirlo, el vínculo de la gran familia de las personas públicas descentralizadas, es el origen legal de unas y otras. Pero la categoría jurídica de los establecimientos públicos, sí encuadra perfectamente en las Cámaras de Comercio, si tenemos en cuenta lo perpetuado por el Artículo 5o. del Decreto No. 1050 de 1968, y el análisis de dicha norma, frente a las funciones y características de tales Entidades. La disposición mencionada frente a las funciones y características de tales Entidades. Las Cámaras de Comercio tienen Personería Jurídica. Las Cámaras de Comercio gozan de autonomía administrativa, como quiera que ejercen sus funciones dentro del ámbito de la capacidad reconocida por la Ley. Además, cumplen principalmente funciones públicas, sin que por otro lado la circunstancia de que se les haya asignado algunas otras representativas de los comerciantes e industriales, ello no empece a su prístina categoría de establecimientos públicos, ya que como lo dijera esta misma Corporación en sentencia del 8 de

abril de 1970, tales personas de derecho público, pueden atender además de sus funciones administrativas otras distintas, bien sean ellas de carácter industrial o comercial, docente o social, sin que por ello se desfigure la naturaleza propia de establecimientos públicos, pues cumplirán siempre sus objetivos conforme a reglas de derecho público, a menos que en la Ley o en los respectivos estatutos se haya especificado un régimen excepcional. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez, a la sentencia de 22 de mayo de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: César Dulcey Ledesma. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 12 de 26 de febrero de 1968, expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca. Expediente No. 1722. (Ver Nos. 7, 8, 10 y 11 del Índice).

337

10. CAMARAS DE COMERCIO.

Definición de la Ley 28 de 1931 y del Decreto 410 de 1971.

Control fiscal. La Ley 28 de 1913, calificó expresamente a las

Cámaras de Comercio como "instituciones de orden legal". Por

su parte, vale indicar que el nuevo C. de Co. (Decreto 410 de 1971),

si bien en lo general sigue los mismos derroteros de la Ley 28 de

1931, respecto a las Cámaras de Comercio, sin embargo, hace resaltar

con rangos más nítidos, el carácter de establecimientos públicos

de las mismas, por las siguientes prescripciones: a) Las Cámaras de

Comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica,

"creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los co-

merciantes del territorio donde hayan de operar", (Artículo 78);

b) El régimen de incompatibilidades para los directores que no pueden

serlo en más de una Cámara y para los Abogados, economistas

y contadores al servicio de ellas, quienes pueden inhabilitados para

ejercer sus profesiones en asuntos particulares, (Artículos 85 y

90); c) Las funciones son esencialmente públicas, y pueden

clasificarse en administrativas, consultivas, representativas, arbitra-

les y fiscales (recaudar tasas y contribuciones); d) Las Cámaras

están adscritas a un organismo principal de la Administración

Pública cual es el Ministerio de Desarrollo Económico (Superintendencia

de Industria y Comercio); e) Tienen dos clases de controles: el

administrativo o de tutela que corresponde a la Superintendencia

de Industria y Comercio, Entidad que decide de las reclamaciones

relativas a la forma como se preparan y efectúan la elección y el

escrutinio de los directores; a prueba su reglamento interno; revisa el

informe anual de labores realiza-

das y el detalle de sus ingresos: vigila y controla su funcionamiento: puede imponerles multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos y decretar la suspensión o el cierre de la Cámara; y aprueba el presupuesto de rentas y gastos. Además, dicha Superintendencia conoce de las apelaciones contra los actos de las Cámaras, y una vez surtido el recurso, se agota la vía gubernativa y procede contra ellos la acción Contencioso administrativa. El *control fiscal*, que ejerce la Contraloría General de la República, se extiende a la vigilancia del recaudo, del manejo y de la inversión de los ingresos, (Artículos 87, 88 y 94); f) El Gobierno Nacional estará representado en las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio hasta en una tercera parte de cada Junta. Por Dto. R. se señalará el No. de los miembros de la Junta Directiva de las Cámaras y el de los representantes del Gobierno (Artículo 80). Por último, es del caso recalcar, una vez más cómo la legislación colombiana desde antes de la expedición de la Ley 28 de 1931, siempre catalogó a las Cámaras de Comercio como entidades públicas, y así se observa cómo la Ley 111 de 1890, en sus Artículos 2o., 3o. y 5o. las consideró como órganos oficiales del comercio, autónomas e independientes. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez, a la sentencia de 22 de mayo de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: César Dulcey Ledesma. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 12 de 26 de febrero de 1968, expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca. Expediente No. 1722). (Ver Nos. 7, 8, 9 y 11 del Índice).

11. CAMARAS DE COMERCIO.

Sus funciones y actividades como Entidades de derecho público.

Su indiscutible origen legal, el cúmulo de funciones públicas atribuidas por normas superiores de derecho y el ámbito jurisdiccional de que gozan en determinado sector del territorio patrio, constituyen aspectos definitivos que no es dable diluir ante la perspectiva de que las Cámaras, por otra parte, deben cumplir, según encargo de la misma Ley, con funciones tales como las de representar ante toda clase de autoridades, los intereses colectivos del comercio, de las industrias, de la agricultura, y promover ante dichas autoridades las medidas que crea convenientes a esos intereses. (Artículo 12, Ley 28 de 1931). Es así como la

persona de derecho privado no se convierte en persona de derecho común por la función pública que se le haya encomendado, como tampoco la persona de derecho público resulta transformada en sujeto privado porque paralelamente deba ejecutar alguna otra actividad propia de los particulares. Tal simbiosis no puede llevar el errado criterio de que existen personas jurídicas mixtas, es decir, en parte de derecho público y en parte de derecho privado. Es indiscutible que la presencia del Estado en la gestión de actividades anteriormente consideradas como exclusivas del sector privado, ha conducido a la quiebra de viejos principios del derecho administrativo, tal como el de que todos los servicios a cargo de la Administración, se regulaban por los procedimientos especiales del derecho público. Así se observa como múltiples actividades, especialmente las que conforman los llamados servicios industriales y comerciales del Estado, se rigen en su funcionamiento por las normas del derecho privado. Nadie puede negar que una empresa industrial y comercial del Estado, constituye una persona de derecho público, pero no obstante los actos y los hechos que realice para el desarrollo de sus gestiones industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado. De allí que estos entes públicos, pueden dar lugar a dos clases de actos, inconcebibles, desde luego, dentro de la teoría del servicio público clásico, a saber: a) actos meramente privados y pertenecientes a la competencia de la justicia ordinaria; y b) actos administrativos, sujetos al control de la justicia contencioso administrativa. Esa dualidad de actos para una Entidad de derecho público, como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, los reconoce enfáticamente el Artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, al precisar cuáles se someten al derecho común y luego al señalar que “aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la Ley, son actos administrativos”, (Salvedad de voto de Consejero Dr. Alvaro Orejucla Gómez, a la sentencia de 22 de mayo de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: César Dulcey Ledesma. Acción de plena jurisdicción contra la resolución No. 12 de 26 de febrero de 1968, expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca. Expediente No. 1722). (Ver Nos. 7, 8, 9 y 10 del Índice)

12. CERTIFICADO DE ABONO TRIBUTARIO (C.A.T.).

La autorización dada al Gobierno por el Artículo 12 del Decreto 688 de 1967 no fue para señalar libremente el plazo de utilización del C.A.T., sino para modificarlo, reduciéndolo progresivamente. Se declara nulo el Decreto 1997 de 1973, del Gobierno Nacional. La única diferencia que hay entre el Artículo 166 original del Decreto 444 de 1967 y el sustitutivo que adoptó en su lugar el Artículo 12 del Decreto 688 de 1967 consiste en que en el primero se señaló plazo inexorable, o más propiamente inmodificable, de un año para que los certificados de abono tributario fueran aceptables para el pago de impuesto de renta y complementarios y en la nueva versión se autoriza al Gobierno para reducir este plazo hasta su eliminación total, lo que habrá de hacerse progresivamente en vista de la situación fiscal y monetaria. También se añadió que aquellos certificados son aceptables para pagar otros tributos, a saber el de aduanas y el de ventas. La autorización dada al Gobierno en el segundo decreto no fue para señalar el plazo libremente sino para modificarlo *reduciéndolo progresivamente*. En el corto término que transcurrió entre el 22 de marzo y el 20 de abril de 1967, el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por la misma Ley sexta de 1967, encontró demasiado rígido el sistema originalmente adoptado según el cual los certificados de abono tributario no serían admisibles sino para el impuesto de renta y complementarios y en todo caso después de un año de emitidos. Modificó por esto el sistema para que el Gobierno pudiera, en la medida de las facilidades fiscales y monetarias hacer más atractivo el aliciente para las exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, reduciendo el plazo de utilización hasta eliminarlo totalmente y permitiendo que con tales documentos se pudieran pagar otros tributos. De estas fáciles consideraciones que surgen sin dificultad de la comparación del texto de los dos decretos resulta a primera vista que la facultad que tiene el Gobierno es para un solo objeto: *reducir el plazo de utilización de los certificados de abono tributario*. Como por el Decreto 1997 de 1973 no se reduce el plazo existente sino que se amplía el últimamente señalado que lo fue por el Decreto 2382 de 1971, publicado en el Diario Oficial del 25 de enero de 1972, no hay duda sobre la violación manifiesta. (Sentencia de junio 20 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras

Pizarro. Actor: Cayetano Betancur. Acción de nulidad del Decreto 1997 de 1973, del Gobierno Nacional. Expediente No. 2662).

185

13. CESANTIA Y AHORRO.

Régimen jurídico de la cesantía, en relación con el Ord. 14 del Artículo 120 de la C.N. El Artículo 249 del C.S. del T. prescribe, con las salvedades, absoluta y relativa, dispuestas por los Artículos 251 y 252 *ibídem*, que “todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores” - o a sus herederos o causahabientes- “al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, *un mes de salario* por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año”. (La Sala subraya). Se trata de una de las “prestaciones sociales comunes”, así denominada por el Título VIII del C.S. del T., reconocida y garantizada por la Ley, según el precepto que la instituye, como un salario diferido que constituye, como afirma la doctrina, “día a día un derecho adquirido para el trabajador”, que como tal “no se puede modificar, disminuir, ni retener de ninguna manera” (Guillermo González Charry, *Prestaciones Sociales del Sector Privado*, Edit. Temis, Pág. 52). De modo que su pago es obligatorio, al término del contrato de trabajo, salvo el caso, previsto por la Ley (Artículo 250 del C.S. del T.), de que el contrato termine por la comisión de un delito del cual se sindique al trabajador. En esta hipótesis el patrono puede retener el valor de la cesantía mientras la jurisdicción penal decide: si el trabajador es declarado, por sentencia ejecutoriada, penalmente responsable de la infracción, pierde el derecho a la cesantía; si, por el contrario, es sobreseído definitivamente o absuelto, éste es exigible al patrono. “El Artículo 250 del C.S. del T. —sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de julio de 1960— contempla dos situaciones distintas en relación con el auxilio de cesantía cuando se trata de imputaciones delictuosas: la retención y la pérdida del derecho. Para retener la cesantía el patrono no necesita la autorización especial, simplemente le bastará acompañar al juicio de trabajo la prueba de que se adelanta la investigación penal correspondiente. Para que pueda hablarse de pérdida de la referida prestación, se requiere que exista un fallo penal que declare responsable al trabajador del ilícito que se le imputa...” (G.J; Tomo XCIII, Págs. 346 y 347). Y en sentencia del 15 de septiembre de 1970 reiteró el mismo criterio, a saber: “Si es a la terminación del contrato cuando nace la exigibilidad del auxilio de cesantía, el patrono,

para poder abstenerse de su pago, debe acreditar la facultad para retenerlo, mediante la prueba de que presentó la denuncia ante el juez penal, quien es el encargado de decidir si existió o no delito. . . El trabajador pierde el derecho al auxilio de cesantía cuando la justicia, que no es otra que la jurisdicción penal, encuentra demostrado el hecho delictuoso, caso en el cual el patrono queda exonerado de pagar la prestación. Por el contrario, la facultad de retener del patrono cesa cuando la justicia penal no encuentra demostrado el delito, pues entonces se hace exigible para el trabajador el derecho de auxilio de cesantía. . .” (G. J. Tomo CXXXVI, Págs. 531 y 532). La cesantía es, pues *un derecho*, reconocido por la legislación laboral, *cuya efectividad está condicionada* por la terminación del contrato de trabajo. Solo se exceptúa, a este respecto, el caso de los trabajadores llamados a filas (Artículo 255 del C.S. del T.), a quienes se les liquida definitivamente la cesantía al producirse su retiro con la finalidad indicada, sin que termine o se extinga el contrato de trabajo. La Ley prohíbe hacer liquidaciones parciales de cesantía (Art. 254 del C.S. del T’), excepto “para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces” destinados a vivienda del trabajador (Artículo 18 del Decreto No. 2351 de 1965) sin perjuicio de que se liquide definitivamente a la terminación del contrato de trabajo: se trata de un régimen de excepción, de restrictiva interpretación, con la finalidad de favorecer al trabajador. Por consiguiente, los trabajadores *tienen derecho a la cesantía* y los patronos *la obligación de hacerlo efectivo a la terminación del contrato de trabajo*. Mientras para aquellos constituye *un ingreso diferido*, para éstos una *obligación bajo condición suspensiva*. Los patronos, en consecuencia, jurídicamente *no manejan el dinero* correspondiente a las cesantías de sus trabajadores, sino *que aducan a cada uno de ellos la suma equivalente a su derecho*, según el Artículo 249 del C.S. del T., en proporción al tiempo servido y al salario devengado, para que la disfruten o gocen, *consumiéndola o ahorrándola*, “al terminar el contrato de trabajo”: la previsión de la Ley es lo primero, pero puede suceder lo segundo, en atención a los limitados ingresos del trabajador, a que el valor de la cesantía se le entrega al quedar cesante y a que en el país es limitada la oferta de trabajo. Como el Ord. 14 del Artículo 120 de la Constitución se refiere al ahorro privado y voluntario, captado por los intermediarios financieros, por una parte, no puede comprender los derechos de cesantía que son, como se expresó,

créditos a favor de los trabajadores y a cargo de los patronos, con la obligación de hacerlos efectivos al término del contrato de trabajo: en este orden de ideas, la norma constitucional no tiene por finalidad proteger ingresos diferidos, sino ingresos atesorados, depositados, como fondos, en poder de personas naturales y jurídicas que tienen por objeto la intermediación financiera. (Sentencia de junio 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Salvedad de voto del Consejero Dr. Carlos Galindo Pinilla Actor: James W.F. Raisbeck y otros. Juicios acumulados. Acción de nulidad de los Decretos 98 y 265 de 1973. Expediente No. 1932). (Ver Nos. 40, 41, 42, 43, 47, 50, 57, 58 y 59 del Índice).....

109

14. COMPETENCIA.

La excepción al principio general de que a toda persona natural o jurídica se le demanda en su domicilio opera cuando es la Nación la que actúa como demandada o demandante, pero no entrándose de entidades descentralizadas del orden nacional. Solo respecto de la Nación está consagrado tanto por el Artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964 como por el artículo 23, numeral 1o., del actual C. de Procedimiento Civil, que si es ella la que demanda lo hará en el domicilio del demandado, y si la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante. Disposiciones como esta última y otras del mismo C. de Procedimiento están indicando que una situación especial desde el punto de vista del proceso no la conserva sino la propia Nación. Ni siquiera las entidades descentralizadas del orden nacional. En cuanto a éstas, el mismo Artículo 23 de dicha obra en su numeral 18 establece: "De los procesos contenciosos en que sea parte un Departamento, una Intendencia, una Comisaría, un Municipio, un Establecimiento Público, una Empresa Industrial o Comercial del Estado o de alguna de las anteriores entidades, o una Sociedad de Economía Mixta, conocerá el Juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada. Cuando ésta se halle formada por una de tales entidades y un particular, prevalecerá el fuero de aquélla". Es significativa la parte final: el fuero de la entidad prevalece aún en el caso de ser varios los demandados. (Auto de enero 25 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Sustanciador Dr. Rafael Tafur Herrán. Actor: Antonio José Aragón. Acción de Plena Jurisdicción contra la

Resolución No. RJ-6763 de 1972, expedida por la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social. Expediente No. 1411).....

215

15. CONTADORES PUBLICOS.

No es indispensable la firma del contador en un balance certificado, cuando este balance es firmado por el representante legal y el revisor fiscal de la Sociedad. Sin embargo, si ese balance lo firma un contador, éste debe ser un contador público. Cuando se trata de Sociedades a las que la Ley no exige que tengan revisor fiscal, el balance certificado en este caso sí debe ser firmado por el contador. El Artículo 290 del Código de Comercio aparentemente exige que el balance certificado debe ser firmado tanto por el revisor fiscal como por el contador de una Sociedad. En primer término, la Ley, más claramente un Artículo como es en este caso, y es regla bien sabida, no puede interpretarse aisladamente, fuera del contexto que regula la materia, si se tiene en cuenta que el revisor debe ser un contador público y se consideraran las funciones y atribuciones que tiene —mucho más importantes y mucho más amplias que las de un simple contador en esa sociedad— es forzoso concluir que la firma del contador en un balance, a más de la del revisor fiscal y de la del representante legal claro está, no agrega ni quita nada a ese balance para usar esa expresión común. El balance, también para decirlo así, está completo con las solas firmas del representante legal y del revisor fiscal ya que con la firma de este último se establece, entre otras muchas cosas, que este balance corresponde a la realidad, que las operaciones se hicieron de acuerdo con la ciencia contable, etc. Siendo esto así, como lo es, y teniendo en cuenta que la Ley debe cumplir una finalidad, que no se prescriben con ella cuestiones ociosas, que sobren o sean inútiles, es también forzoso concluir que esta clase de balances y en esta clase de sociedades, hasta la firma del representante legal y del revisor fiscal. Nada obsta para que el balance certificado de estas sociedades sea firmado también, a más del representante legal y el revisor fiscal, por el contador, pero en este caso, necesariamente, debe ser éste un Contador Público. En esto entra otro aspecto y otras normas que hay que tener en cuenta, principalmente la Ley 145 de 1960. Se trata de la reglamentación de una profesión que, como en el caso de cualquier otra regulación profesional, cumple a grandes rasgos dos fines complementarios: uno de protección de esa profesión y otro de protección de la

colectividad en general. El primer fin se presenta, como es bien sabido, por el desarrollo de los conocimientos, por su perfeccionamiento; por haberse convertido esa profesión en una ciencia o arte que hace que sus conocimientos deban ser impartidos por escuelas especiales o se adquieran por una práctica, pero no por la práctica cualquiera sino por una práctica determinada y regulada. Eso ha pasado con todas las profesiones, la arquitectura, el derecho, la medicina, casi la profesión que se quiera. La contaduría no es una excepción. Para ser Contador se requiere, pues, tener un conjunto de conocimientos que deben adquirirse con el lleno de determinados requisitos que fija el Estado. Sólo quien llena estos requisitos, establecidos en Colombia en la Ley 145 de 1960, es Contador Público. Más clara y simplemente, no es que haya varias clases de Contadores: unos simplemente contadores y otros Contadores Públicos: no hay sino una clase de Contadores: Contadores Públicos. En la misma forma en que no hay sino una clase de médicos, abogados, arquitectos, etc. son aquellos que, en cada caso, han llenado los requisitos que fija el Estado, y que le permiten, legalmente, ejercer esa profesión. Una persona, para expresarlo en la misma forma sencilla, puede tener los conocimientos que se quiera sobre una ciencia o arte, digamos la medicina o la arquitectura, pero si no ha cumplido con las regulaciones que fija el Estado, no puede ejercer la profesión de médico o arquitecto. Por lo tanto, si una Ley, utilizando esta expresión en sentido amplio, se refiere a que determinado acto debe ser cumplido por un médico o un arquitecto, ese acto debe ser cumplido por un médico o un arquitecto al que el Estado, al fin de cuentas, ha autorizado para ejercer esa profesión, inclusive para llamarse médico o arquitecto. Y lo mismo es en relación a los Contadores: si una Ley se refiere a que un acto debe ser cumplido por un Contador, ese acto tiene que ser ejecutado por un Contador Público que es aquél que ha cumplido primordialmente con los requisitos que señala la Ley 145 de 1960 en relación a esta profesión; si quien no ha cumplido esos requisitos, asume la calidad de contador, está ejerciendo ilegalmente una profesión y cae bajo la sanción de la Ley. Lo que sucede, como lo establece la misma Ley 145, es que puede ejercerse libremente la teneduría de libros, pero esta es una actividad en cierta forma distinta y un tenedor de libros no es necesariamente un Contador. (Concepto de 31 de enero de 1974. Consulta formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. Sala de

Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Publicación autorizada con oficio No. 10541 de febrero 8 de 1974. Expediente No. 831).

7

16. CONTRATOS.

De las empresas industriales y comerciales del Estado. Naturaleza. Los Artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, al definir las competencias del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, hablan de controversias relativas a contratos administrativos, reconociendo con ello la existencia de esta modalidad contractual del Estado, y superan la indeterminación existente cuando la Ley se refería simplemente a "contratos de la administración", sin distinguir su naturaleza ni régimen legal separado. El Artículo 34 del Decreto 3130 de 1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, establece que los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado no están sometidos a los requisitos formales que la Ley exige para los del Gobierno, a menos que exista disposición en sentido contrario. Por esto, agrega dicha disposición, las cláusulas de tales contratos son las que estipulan usualmente los particulares en sus contratos. Disposición que armoniza con la del Artículo 31 de aquel Decreto cuando sienta el principio de que los actos y hechos de las empresas de este tipo, ejecutados para cumplir sus actividades de carácter industrial y comercial se rigen por las reglas del Derecho Privado y están sujetos a la jurisdicción ordinaria. En tanto que los actos tendientes al desarrollo de las funciones administrativas que les atribuya la Ley, son actos administrativos. El Artículo 34, de otra parte, autoriza a las empresas para que en sus contratos puedan pactar la declaración administrativa de caducidad. Estas prescripciones se complementan y armonizan igualmente con las del Artículo 36 del mismo Decreto 3130, al estatuir que de las controversias relativas a contratos de estas empresas en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad conocerá la justicia administrativa, y de los demás la ordinaria. De estas disposiciones se deduce: a) Que la Ley distingue dos clases de contratos entre los que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado: los administrativos y los de derecho privado; b) Que, por regla general, los contratos de estas empresas son de derecho privado; c) Que la Ley autoriza a tales empresas para escoger una u otra forma contractual, según opte por las estipulaciones usuales entre contratistas particulares o pacte cláusulas espe-

ciales de derecho público, como la de caducidad; d) Que la ley puede determinar que algunos de estos contratos llenen los mismos o algunos requisitos que los que deben cumplir los del Gobierno o sea, imponer la forma de contrato administrativo, y c) Que la estipulación de la cláusula que otorgue el derecho a la declaración administrativa de la caducidad de un contrato de estas empresas, le confiere naturaleza de contrato administrativo. Generalizando, se puede decir que la naturaleza de los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado no dependen del carácter de tales entes, ni del régimen de derecho que regula sus actos que, en este caso, es de derecho privado, sino de las estipulaciones mismas que contengan, según sean ellas las de libre estipulación que se emplean entre particulares, o por el contrario, las especiales que por disposición legal deben incorporarse forzosamente en los contratos administrativos, incorporación que, aunque es opcional para las empresas, los tipifica como administrativos. Se trata, evidentemente, de un criterio distintivo fundado en el empleo de las prerrogativas de poder público del Estado por parte de uno de sus entes administrativos, al escoger las formas y los medios propios del Derecho Público y no los del Derecho Común o Privado. De manera que no todos los contratos de la administración son administrativos. (Concepto de abril 4 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Consulta formulada por el Sr. Ministro de Minas y Petróleos. Publicación autorizada con oficio No. 1412 de junio 12 de 1974. Expediente No. 867). (Ver Nos. 17 del Indice).

22

17. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Factores que los tipifican frente a los de derecho privado. La conformación de un contrato de la administración no puede radicar en un criterio exclusivo, único. Tal naturaleza se debe derivar de la concurrencia de una variedad de factores, cuyo conjunto, así no estén presentes todos, lo tipifican en forma nítida frente a los de derecho privado. En Colombia, se podría entender que el carácter administrativo de un contrato celebrado por organismos estatales, resultaría de la concurrencia de algunas de estas condiciones: a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contra-

tos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez; b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo, sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que el contrato sea de derecho privado; c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que solo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos; d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la Ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los pagos a la existencia y disponibilidad de apropiaciones presupuestales suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación; e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo, prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos; f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consiente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste; g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados, por razón de interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin

indemnización y en favor del Estado, el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes; h) La calificación que la propia Ley dé al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso-administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal; i) El objeto del contrato, como en los casos citados en la letra anterior; j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que esa vinculación ha de ser a un fin inmediato de servicio público. Tendríamos entonces, que un contrato es administrativo cuando, autorizado por la Ley, es celebrado por un organismo de la administración para la realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales del Derecho Público, porque así lo dispone o autoriza la Ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista. (Ver No. 16 del Indice).

18. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Quién o quiénes están legitimados para demandar su nulidad. De aceptarse la tesis de que la acción pública consagrada por el Artículo 66 del C.C.A., o la de plena jurisdicción de que trata el Artículo 67 ibídem, puede ejercitarla "cualquiera", contra los contratos administrativos, no tendrían éstos ninguna firmeza, pues quedarían expuestos a interferencias de extraños al contrato, sin límite en el tiempo, y cuán difícil sería encontrar quien quisiera contratar con la Administración. La "acción pública de nulidad" consagrada en el Artículo 66 del C.C.A., reconocida a "toda persona", no es procedente, respecto de los contratos o convenciones administrativas, porque una interpretación recta del mencionado precepto indica que dicha acción procede contra los actos "unilaterales" de la administración mencionados expresamente por los Artículos 62 a 65 ibídem, y no contra los actos "bilaterales" como los contratos, criterio que

comparte la Sala, con las excepciones que más adelante se verán. El Decreto Ley 528 de 1964 al adscribir a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los litigios relativos a los contratos administrativos, alude concretamente a "controversias", lo que quiere decir, en sentir de la Sala, que para acudir al contencioso administrativo impugnando un contrato se requiere un interés concreto derivado de la situación específica de que es fuente el contrato, determinante de la legitimación procesal, o lo que es lo mismo, la acción de plena jurisdicción consagrada por el Artículo 67 *ibídem* no la pueden ejercitar sino las partes contratantes o quienes tengan un interés jurídico concreto con el objeto de hacer valer sus pretensiones, pues sólo el Ministerio Público puede ejercer la acción pública de nulidad conforme a la facultad que le confiere el Artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 "en el interés de la moral o de la Ley", lo cual no excluye, según la misma disposición legal que el juez que conozca del litigio pueda de oficio declarar la nulidad absoluta "cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato". Es verdad que el Artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 agrega, refiriéndose a la nulidad absoluta de los contratos, que "puede alegarse por todo el que tenga *interés* en ello", frase que no puede interpretarse en sentido distinto al de que solamente el que tenga "interés", no el simple de la guarda de la legalidad o del orden jurídico, sino uno personal, concreto derivado del contrato, es quien puede alegarla. (Sentencia de 25 de febrero de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Actor: "ANDEPET". Acción de nulidad contra el contrato celebrado entre el Ministerio de Educación y la Universidad Pedagógica Nacional para la administración de la Escuela Normal Superior Industrial Nacional de Zipaquirá. Expediente No. 1498).

319

19. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Las controversias contractuales a que se refiere el Decreto 528 de 1964, no pueden surgir sino entre los contratantes y, por ende, la personería para adelantarlas sólo la tienen las partes en el contrato o sus causahabientes legítimos. Los "actos", a que se refieren, tanto el ordinal 10o. del Artículo 34, como los Artículos 62 a 67 de la Ley 167 de 1941, son los específicamente administrativos, es decir, aquellos que surgen unilateralmente de la administración, y que están impregnados por la esencia del

poder público. Lo mismo se puede decir de las "decisiones" a que alude el Artículo 20 del Decreto Ley 528 de 1964. Y como un contrato es substancialmente lo contrario de un acto administrativo, desde luego que este, aún siendo complejo, es la expresión de una voluntad, y que aquél es la expresión de, por lo menos, dos voluntades que han llegado a producirla, no por medio de la imposición sino del acuerdo, y no para surtir efectos *erga omnes* o contra terceros, sino entre partes, lo que se dice de los actos en relación con el sujeto que puede controvertirlos, no puede decirse de los contratos. Nuestra legislación otorga acción a los particulares para controvertir la legalidad de las decisiones ejecutorias. Pero, en cuanto a los contratos que, aún siendo administrativos no pierden por esto el carácter fundamental de pactos o convenciones, los particulares no tienen allí ingerencia alguna. La Ley da aquí aplicación al principio: "*Rex inter alios acta allis prae judicare non potes*". Aquello a que algunos se obligan no tiene por qué perjudicar a otros. Con la vigencia del Decreto 528 de 1964 la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo adquirió competencia para conocer "De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de \$100.000.00". Pero el tránsito de jurisdicción que para tal género de contenciones se verificó por ese Decreto, no abrió el campo a la acción pública, que tampoco existía cuando el competente era el juez ordinario. En el orden racional de las cosas, las *controversias* contractuales, que son las contempladas en el decreto, no pueden surgir sino entre quienes han formalizado el contrato, esto es, entre los contratantes, que son los que tienen interés en la observancia de lo pactado, y a quienes puede afectar su comportamiento recíproco. Por esto la personería para adelantar esas controversias solo la tienen las partes en el contrato o sus causahabientes legítimos. Precisamente, porque substancialmente se contraponen, son indistinguibles los actos y los contratos, lo mismo que las acciones originadas para los particulares de estos o de aquellos. (Sentencia de marzo 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: César Castro Perdomo. Acción de nulidad contra el contrato celebrado entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y la Hilton International Co. Expediente No. 1515).

20. CONTRIBUCION DE VALORIZACION.

Intervención de los propietarios de los predios beneficiados con las obras, en las distintas etapas que comprende la ejecución de las mismas. Elección de representante. Cada propietario puede objetar el valor del gravamen al serle éste notificado, interponiendo recursos apropiados en cada caso, e incluso puede acudir a la jurisdicción contenciosa para impugnar el cálculo respectivo. Esta intervención del propietario y la del representante, son independientes. El Artículo 22 de la Ley 1a. de 1943 dispuso que en las reglamentaciones locales de la contribución de valorización se establecieran provisiones encaminadas a conseguir que los propietarios de los predios beneficiados con las obras respectivas pudieran intervenir en la formación del presupuesto de ellas, en el reparto de la contribución y en la vigilancia del empleo o inversión de los fondos obtenidos. Ese mandato legal ha sido desarrollado en los diversos estatutos de valorización municipales por regla general mediante la elección de uno o más representantes de los dueños de las fincas sujetas a pagar la contribución, para que aquellos intervengan en nombre de éstos en las distintas etapas que comprende la ejecución de una obra pública, luego de haber sido ordenada en cuanto a sus características y trazado por el respectivo Concejo, tareas que comprenden desde el cálculo de los presupuestos generales del costo hasta la liquidación del monto del gravamen de valorización para cada propietario con bienes dentro de las respectivas zonas de influencia de la obra. La actividad fiscalizadora de los dueños a través de sus representantes en las distintas etapas de una obra pública que dé lugar al pago de contribución por valorización es garantía derivada del Artículo 22 de la Ley 1 a., ya citado, tanto para los particulares que pueden darse cuenta por este medio de la naturaleza y cuantía de las inversiones hechas en la obra, sea que hayan pagado de antemano el costo de los trabajos o que deban reembolsárselos al organismo oficial que los aportó para adelantarlos, como garantía también para los funcionarios encargados de realizar la obra ya que mediante la intervención de uno o más particulares que tienen el derecho de pedir cuenta y razón de cada gasto e inversión, viene a quedar más libre todavía de cualquier sospecha o suspicacia, su ingerencia en esas labores. Pero el papel de supervisor que durante el desarrollo de los trabajos y en el cálculo del monto de la contribución le corresponde al representante de los dueños por vía general y

abstracta, es decir en interés colectivo, no impide que cada propietario al ser notificado legalmente del valor del gravamen a su cargo pueda objetarlo mediante la interposición de los recursos apropiados en cada caso e inclusive tenga acción ante los organismos de lo contencioso administrativo para impugnar el cálculo respectivo. Una y otra intervención, la del representante universal de los propietarios y la del dueño de un predio que se considera afectado por la liquidación a su cargo, son absolutamente independientes, ya que la del primero no compromete individualmente los intereses del segundo como si fuera su mandatario en estricto derecho, pues sus tareas y atribuciones se limitan a dar fe de la conveniencia general de las obras como fueron realizadas, de la honestidad y pulcritud con que fueron costeadas y de la equidad y acomodo a la Ley y demás preceptos aplicables con que fue liquidada la contribución para cada dueño afectado con ella. Pero de todos modos su elección debe hacerse oportunamente para que su fiscalización de las distintas etapas sea en el momento en que van a cumplirse y no a *posteriori*, como una especie de absolución general fuera de tiempo y de lugar. (Sentencia de mayo 30 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Luis A. Lozano Silvestre. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 38 de 1971, del Departamento de Valorización Municipal de Ibagué. Expediente No. 2436). (Ver No. 46 del Índice).

409

21. CONTROLES DE LOS ENTES PUBLICOS.

Clases. Objeto. Coexistencia de controles. Los controles fiscal y administrativo no son únicos. Con ellos concurren: a) La supervigilancia de carácter político correspondiente al Congreso Nacional sobre toda la administración pública, tanto general, en cuanto puede pedir información sobre todos los asuntos de la misma que no tengan reserva, (Artículo 78, 4 C.N.) de conformidad con el Artículo 103 de la misma, como la especial que realiza por conducto de las Comisiones Constitucionales Permanentes, y, concretamente, la Octava de cada Cámara, atendiendo a lo dispuesto por la Ley 17 de 1970, Artículo 6o.; b) Los controles internos de algunos organismos con el carácter de sociedades, en las cuales el Auditor o Revisor es designado por las asambleas de accionistas o socios de terna presentada por el Contralor General de la República, sin que varíe sustancialmente

su función fiscalizadora, al tenor del Artículo 5o. de la Ley 151 de 1959; c) Los que podemos llamar autocontroles de la administración, tengan el carácter de control jerárquico o control de tutela, mediante los cuales, en el primer caso, aquélla tiene oportunidad de rectificar sus propias actuaciones o coordinarlas o dirigir las, en el segundo (Artículo 7o. Decreto 1050/68 y Artículo 44 Decreto 3130/68); d) El control de la ejecución presupuestal que compete a la Dirección General de Presupuesto para garantizar el equilibrio de éste, sin perjuicio del normal cumplimiento de sus programas, según el Decreto-Ley 294 de 1972. El control fiscal tiende a la administración legal y correcta del patrimonio y recursos del erario público, desde el punto de vista hacendístico y presupuestal, verificando la existencia de autorización para la operación de que se trate, y la destinación, cuantía y forma de contabilización de la misma, realizándose antes, en, o después de ser efectuada. La inspección administrativa está enderezada directamente a la protección del interés público representado por el ente que se supervigila, así como los intereses de terceros y el cumplimiento de la Ley, e indirectamente, con ello, a la defensa del patrimonio estatal vinculado a la gestión de la entidad; se refiere a los entes del Estado como empresario industrial y comercial y, por eso, el carácter de este control sería más financiero que fiscal. Los controles jerárquico y de tutela tienen por objeto: el primero la legalidad de las actuaciones administrativas; el segundo, asegurar que las políticas sectoriales se ajustan a las generales de la planificación del desarrollo, de donde su índole sería más bien técnica y política. Los controles internos son mixtos. En parte, financieros, en parte fiscales, primando este carácter. Los primeros, por referencia a los accionistas, especialmente los privados, si los hay, y a terceros. Lo segundo, en cuanto a la conformidad de las operaciones con las pautas legales, estatutarias o emanadas de la asamblea de socios, respecto del manejo e inversión de los caudales del ente. Los controles políticos tienden a establecer la responsabilidad gubernamental en lo administrativo, con sus obvias consecuencias, y el presupuestal al orden en las inversiones y gastos de funcionamiento, en el campo específico de la Ley orgánica del presupuesto y la Ley anual de presupuesto de cada vigencia. De manera que no se puede concluir que el Artículo 41 del Decreto 3130, al establecer el control de la Superintendencia Bancaria sobre los entes estatales de crédito, determina ese control como único. No lo dice su texto ni puede

entenderse así. Tanto más cuanto que reconoce la compatibilidad del control fiscal con el administrativo de la Superintendencia de Sociedades. Lo que autoriza para concluir que también lo es con el administrativo de la Superintendencia Bancaria y con las demás formas de control antes enunciadas. Asimismo, no siendo la Ley la competente para asignar el control fiscal, pues tal designación está hecha directamente por la Constitución, el control a que se refiere el Artículo 41 citado tiene que ser el administrativo del resorte de la Superintendencia Bancaria, y no otro. Recuérdese que el Decreto 3130 de 1968, se origina en una reforma administrativa y debe contenerse o limitarse a ese objetivo, pues fue dictado con base en las facultades extraordinarias dadas por la Ley 65 de 1967, la que no otorgó ninguna que tuviese que ver con la supervigilancia fiscal de los entes que se trataba de reorganizar. De consiguiente, lo dispuesto por el parágrafo del Artículo 1o. de la Ley 151 de 1959 sobre los establecimientos bancarios no es la exclusión de éstos del control fiscal, sino que lo que allí se ordena es la adopción de normas especiales para realizar tal control. (Concepto de mayo 3 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico. Publicación autorizada con oficio 467 de 1974). (Expediente No. 873). (Ver No. 31 del Índice).

32

22. CORPORACIONES PRIVADAS DE AHORRO Y VIVIENDA. INTERVENCION ESTATAL.

La intervención prevista en el numeral 14 del Artículo 120 de la C. N. es una especie "sui generis" del género de la instituida en el Artículo 32, ibídem pero con diferencias específicas que radican en dos factores: el traslado integral de la competencia intervencionista al Gobierno, y la limitación de materia. Indudablemente el numeral 14 del Artículo 120 de la Carta, consagra una intervención por parte del Jefe del Estado que es la suprema autoridad administrativa colombiana, sobre el banco emisor y sobre aquellas personas que manejen, aprovechen e invierten los fondos del ahorro privado. Esta intervención, sin lugar a dudas, es una especie de aquella genérica que ha otorgado la misma Constitución al Legislador, cuando en el Artículo 32 de tal ordenamiento permite al Estado intervenir, "por mandato de la Ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los

bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral”, pero, mientras la del Artículo 32 exige necesariamente para su ejercicio la condición de un mandato del Congreso, conferido por medio de una Ley formal, la del numeral 14 del Artículo 120 se le otorga al Presidente de la República como una función propia que no requiere mandato previo. Tal es el alcance de esta última expresión al parecer, no muy afortunada, pues, es sabido que, de todas suertes la función interventora en sí misma, es propia del Gobierno. De conformidad con el numeral 14 en comento, el Presidente de la República puede intervenir en el banco emisor y en las actividades de personas dedicadas al manejo, aprovechamiento o inversión de los fondos provenientes del ahorro privado. La transferencia del poder interventor no se operó en nuestro derecho público en 1968, sino en 1945. En la última reforma constitucional y en relación con el ahorro, lo único que se traspasó del Congreso al Gobierno, fue la decisión para intervenir, pues el poder mismo de intervenir en este y en todos los demás órdenes de la economía ya era una función ejecutiva desde el A.L. de 1945. La intervención estatal no puede interpretarse como institución aislada y ajena al sistema político consignado a través de todo el contexto de la Carta Fundamental, en el cual, si es verdad que se asignan funciones propias a la Rama Ejecutiva, no es menos cierto que, otro tanto, ocurre con la Rama Legislativa, y que ello también tiene que traducirse en consecuencias jurídicas. Por manera que cuando sobre una materia determinada se le asigna al Gobierno una función con alcance normativo en algún grado equiparable a la Ley, de ello no puede deducirse “*per se*”, la extensión del atributo hasta ámbitos ajenos y reservados al Legislador y menos aún si el camino que conduce a la conclusión es el de las “*facultades implícitas*” que, por su naturaleza, tienen que ser puramente instrumentales, y, por lo mismo, de aspecto restringido. La ampliación de la órbita de la Rama Ejecutiva realizada en el Acto Legislativo de 1968 no entraña el anodamiento de la Rama Legislativa, a la cual se le reservan unas decisiones políticas fundamentales que al Gobierno le están vedadas, so pretexto del ejercicio de la función interventora, tales como aquellas que solo pueden ser materia de las llamadas “*Leyes orgánicas*” o “*Estatutos básicos*”, para no mencionar otras. (Sentencia de mayo 6 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso

Arango Henao. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Acción de nulidad contra el Decreto 678 de mayo 2 de 1972. Expediente No. 1836). (Ver No. 23 del Indice).

60

23. CORPORACIONES PRIVADAS DE AHORRO Y VIVIENDA. LA INTERVENCION ESTATAL SEGUN EL DERECHO COLOMBIANO.

El Artículo 32 de la Constitución Nacional señala la filosofía de la intervención del Estado al fijar la naturaleza, fines, alcance económico y social, limitaciones y condiciones fundamentales de ésta. Conforme al Artículo 32 de la C. N. el ejercicio mismo del poder interventor que, en esencia, consiste en la determinación de los medios para su realización, le corresponde al Gobierno. Esto quedó completamente definido en virtud del Acto Legislativo de 1945 que cambió la expresión "intervenir por medio de Leyes" por la intervención "por mandato de la Ley". Entonces se operó un traslado de competencia normativa, del Congreso al Gobierno. Durante la vigencia del A.L. No. 10. de 1936 era de la competencia del Congreso, no solo la definición política sobre la oportunidad o la conveniencia de intervenir sino también el señalamiento de los medios a través de los cuales se haría operante la intervención, de forma que al Gobierno le incumbía únicamente la ejecución de la Ley y la expedición de los reglamentos necesarios para tal efecto, en ejercicio de su función administrativa ordinaria y corriente (C.N. 120-3) (ver sentencia de la C.S.J. Sept. 4 de 1939 G.J.T. XI.VIII, pág. 610, y ss). Pero el constituyente del año 45 consideró que no era el Congreso sino el Gobierno, el órgano estatal adecuado y mejor equipado para seleccionar los medios convenientes y eficaces para realizar la intervención y, estimó además, que esos medios dada la versatilidad de los hechos sociales y económicos, no debían tener la rigidez intrínseca de las leyes sino la agilidad propia de los actos del Gobierno. Por ello procedió a instituir una redistribución de competencias en la materia, reservando al Congreso únicamente la facultad de conferir el mandato de la intervención, vale decir, la atribución de hacer el juicio político sobre la conveniencia, necesidad u oportunidad de la intervención, dejando en manos del Gobierno todas las atribuciones necesarias para su efectividad. Lo anterior significó que el Gobierno adquiriera un poder normativo que antes le correspondía al Congreso, es decir que la Constitución le

otorgó a aquél, facultades de normación jurídica con fuerza equiparable a la Ley. En otros términos, que los Decretos por medio de los cuales el Gobierno determina los medios para realizar la intervención tienen fuerza de Ley y, por lo mismo, son instrumentos jurídicos idóneos para derogar disposiciones legales, siempre y cuando no rebasen el ámbito material de la intervención señalado en el mandato conferido por el Congreso. Sin embargo, después de la Reforma Constitucional de 1968, tal virtualidad y jerarquía jurídicas aparecen modificadas en un doble sentido. De una parte por la consagración de una categoría superior de Leyes, que se sitúan en un puesto intermedio entre la Constitución y la legislación corrientes, a saber: Las normas orgánicas del Presupuesto Nacional, las que determinen la estructura general de la administración, los estatutos básicos de los entes paraestatales, los que contienen las normas generales sobre organización del crédito público, sobre cambio internacional y comercio exterior, sobre modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. A éstas es preciso agregar las disposiciones que fijan los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional y los de obras públicas: pues se trata en estos casos de una normatividad fundamental que implica unas decisiones básicas para la organización y orientación del Estado, es decir los pilares de una política general cuyo señalamiento, en principio, debe corresponder en una democracia como la nuestra, a los órganos de la representación nacional, a menos que ésta, por un acto político suyo, habilite al Gobierno para dictar esa normatividad, por medio de una Ley que revista, "*pro tempore*", al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, o de que ocurra la hipótesis prevista en el penúltimo inciso del Artículo 80 de la Carta o, en fin, que sobrevenga la situación contemplada en el Artículo 122 y se declare el estado de emergencia. El Gobierno no podría, en uso de las facultades de intervención, modificar las normas legales de que se ha hecho mérito, o sustituir al legislador ordinario en caso de que este no los haya expedido, salvo que lo haga a través del mecanismo de las facultades extraordinarias, como quedó apuntado. Correlativamente con esta limitación del uso de la facultad interventora, se tiene que la potestad reglamentaria (Artículo 120-3) resultó ampliada por obra de la reforma de 1968, en cuanto el Gobierno tiene en las materias de que se trata (Leyes cuadro, Ley del plan) un amplio poder reglamentario para darles cumplida eje-

cución. La subordinación de los atributos gubernamentales de intervención a los planes económicos y sociales o de obras públicas está, además, reforzada de manera expresa en la Carta cuando en el Artículo 32 se indica, cómo uno de los fines de la intervención, que el desarrollo integral se alcance a través de la planificación. No obstante, esto no significa que la inexistencia del plan de desarrollo económico haga imposible la intervención Estatal. La Constitución propugna el desarrollo planificado, pero si por cualquier circunstancia aún no se hubiere expedido el plan, el Estado, así sea sin el orden y la coordinación apetecidas, debe atender su función esencial de procurar el desarrollo económico y el "objetivo principal" y último de realizar "la justicia social y el mejoramiento económico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular". Por consiguiente dentro de la normatividad que señala el Artículo 32 el Gobierno como ejecutor del mandato de intervención y dentro de la órbita que en él se le señale, puede dictar Decretos con fuerza de Ley para determinar los medios de intervención y para lograr las finalidades generales que consagra el Artículo en cuestión y los fines inmediatos que persiga el mandato del Congreso, con las salvedades antes apuntadas, y las que nacen de las competencias constitucionales exclusivas de Congreso. (Ver No. 22 del Indice).

60

D

24. DESVIACION DE PODER.

Por falsa motivación. Quien alega la falsa motivación debe probar el verdadero y oculto móvil del acto. Falsa motivación y motivación por error. La desviación de poder, que es una forma de ilegalidad indirecta, supone que los móviles del acto administrativo no corresponden con los fines de la Ley, lo cual se traduce en la utilización de una facultad legal o reglamentaria para un propósito diferente al fin para el cual se confirió la facultad. Esta falta de correspondencia o de concordancia entre el móvil del acto y los fines legales puede obedecer a actitud intencionada de la persona a través de la cual se expresa el órgano o circunstancias de fuerza o violencia ejercitadas contra esa misma persona y determinantes de su voluntad. A la primera hipótesis corresponde la teoría denominada tradicionalmente, pero con poco acierto, de la "falsa motivación". Cuando se invoca "la falsa motivación" surge para el actor la carga de probar el verdadero y oculto móvil del acto. Esta prueba, confrontada con los fines perseguidos por la Ley, le permite al Juez

verificar la discordancia anotada para concluir que el ejercicio del poder fue desviado. Si no concurren los presupuestos de una "falsa motivación" podría pensarse en la posibilidad de una motivación por error. Pero entonces el problema se desplaza del marco de la teoría de la desviación de poder al de la teoría del error como vicio de nulidad del acto. Habría "motivación por error" cuando la apreciación de la prueba sobre los hechos que fundamentan el motivo, conduce a dar por establecido lo que no existe o, por demostrado, lo inexistente. La motivación por error también exige la prueba de éste mediante un examen de hechos y de dictámenes técnicos. (Sentencia de marzo 8 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla. Actor: Ciudadela Industrial Tibitó S.A. Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 310 y 383 de 1971, originarias de la C.A.R. Expediente No. 1635).

249

E

25. ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES.

El sistema aplicable en la elección de Mesas Directivas, para asegurar la representación de las minorías, es el del cuociente electoral (Artículo 172 C.N.). En dicha elección no se vota cada vez por un individuo, como lo sostuvo erróneamente el Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 1973. El Artículo 17 del acto reformativo de 1968 (83 de la compilación oficial) contiene dos preceptos importantes, uno junto al otro: 1o. Que para la elección de mesas directivas no se necesita de los dos tercios de los votos de los asistentes. 2o. Que las minorías tendrán participación en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular. De la primera regla no se deduce que los miembros de las mesas directivas deban o puedan elegirse por mayoría simple sino que el requisito de los dos tercios no es aplicable. La segunda regla contiene un mandato imperativo cuyo cumplimiento no está condicionado: las minorías tendrán participación en la mesa directiva. Estas normas cuya importancia para la estabilidad política salta a la vista (basta repasar la historia de Colombia) por ser constitucionales derogan cualquier sistema legal o reglamentario anterior cuya aplicación resulta incompatible con la garantía constitucional. ¿Cuál es hoy el sistema aplicable? Es más o menos obvio que el primero que se encuentre en la misma constitución para asegurar la represen-

tación de las minorías, que es el del Artículo 172, llamado del cuociente electoral que en el propio estatuto se describe con tal minuciosidad que indica cómo se aplica en caso de elegir más de dos individuos y en el caso de que solo sean dos. El error que el Consejo de Estado no se decidió a cambiar fue el cometido en la sentencia del 8 de junio de 1973 en la que, por descuido enmendable, se repitió que en la elección de mesa directiva se vota cada vez por un individuo, como lo establecían las leyes anteriores a la reforma de 1968. Ahora no pueden aplicarse estas leyes porque impiden cumplir con el sistema nuevo de la representación de las minorías, o sea que se han convertido en inconstitucionales. De lo anterior se concluye que las mesas directivas se transformaron en una unidad plural compuesta por dos o por tres individuos que deben ser elegidos por el sistema del cuociente electoral. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro, a la sentencia de febrero 5 de 1974 de la Sala Plena de los Contencioso Administrativo en que fue Ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar T. Juicio Electoral. Actor: Oscar Alberto Benavides. Expediente No. 55). (Ver Nos. 26, 51 y 61 del Índice).

431

26. ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES.

La Mesa Directiva de un Cabildo, es decir, el Presidente y el Vicepresidente, pero no el Secretario que es empleado subalterno de la Corporación forma una comisión para el exclusivo orden interno institucional y, en consecuencia, su elección no es impugnante ante los tribunales de lo Contencioso Administrativo según el párrafo del Artículo 192 del C.C.A. Dentro de la organización particular de los Cabildos corresponde al Presidente y, en su defecto, al Vicepresidente, abrir y cerrar las sesiones, disponer el orden del día para cada una de ellas, dirigir los debates y deliberaciones y mantener el orden en ellas, firmar junto con el Secretario las actas de las sesiones una vez aprobadas por la Corporación, llamar a los suplentes por ausencia de los Concejales principales, ordenar extender las copias que se pidan y firmar, en asocio del Secretario, los Acuerdos expedidos por el Concejo para dar testimonio de que fueron aprobados en los debates reglamentarios y enviarlos para la sanción y promulgación por parte del Alcalde, con el fin de que así obtengan validez como reglas de derecho, puedan ejecutarse y sean de obligatoria observancia por parte de los habitantes del lugar.

Como se ve, las funciones de la Mesa Directiva de un Concejo miran exclusivamente hacia la vida interior del cuerpo colegiado, puesto que sólo tienden a mantener su normal y adecuado funcionamiento dentro de los cauces predeterminados por la Ley y el reglamento interno pues, en lo demás el Presidente y el Vicepresidente tienen los mismos derechos y los mismos deberes que cualquiera otro de los integrantes de la Corporación. Y no puede pensarse que por la circunstancia de que el Presidente del Cabildo o quien haga sus veces haya de firmar los Acuerdos, las funciones de la Mesa Directiva trasciendan del ámbito íntimo de la corporación al de aquel en que se desarrollan las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, desde luego que aquella firma solo da testimonio de que el Acuerdo fue aprobado regularmente por el Concejo y que si bien es cierto que el Acuerdo es un acto trascendente, no debe olvidarse que su expedición obedece a la voluntad favorable expresada por todos los concejales o, cuando menos, por la mayoría de ellos, y no al querer de los miembros de la Mesa Directiva, puesto que a la Directiva tan solo compete dirigir los debates necesarios para que aquella expedición se produzca, debates que no pueden confundirse o involucrarse con dicha expedición, así como no es dable confundir la causa con el efecto. Y si el Acuerdo (efecto) indudablemente trasciende de la vida interna del Cabildo al ámbito exterior, no puede predicarse lógicamente que los debates previos, que lo antecedieron (causa) también tengan la misma trascendencia. Y, menos aún, si se observa que es la sanción del Alcalde y su ulterior promulgación lo que le da eficacia a los Acuerdos como reglas de derecho obligatorias para los gobernados. (Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Alfonso Arango Henao y Juan Hernández Sáenz, a la sentencia de febrero 5 de 1974 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en que fue Ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar T. Juicio Electoral. Actor: Oscar Alberto Benavides. Expediente No. 55). (Ver Nos. 25, 51 y 61 del Indice).

431

27. ELECTORALES. CONTRALORES DEPARTAMENTALES.

Su elección corresponde a la Asamblea, mediante una sola decisión adoptada por la mayoría requerida por la Constitución o la Ley, y no por el procedimiento de Ordenanza. El Artículo 187 de la Constitución, al prescribir las funciones esenciales de las

Asambleas, dispuso que las deben ejercer mediante ordenanzas; pero ello no puede interpretarse en el sentido de que los actos de elección, como el de Contralor o Subcontralor, deban expedirse por ese procedimiento; por el contrario, si las demás atribuciones que menciona son susceptibles de ejercerse por ordenanzas, no sucede lo propio con los actos de elección que, por definición, se dictan mediante una sola decisión adoptada por la mayoría requerida por la Constitución o la Ley. Así se deduce, especial e inequívocamente, del Parágrafo transitorio del Artículo 83 de la Constitución, 17 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, (Sentencia de febrero 11 de 1974. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Gabino Hernández Mejía. Juicio Electoral. Expediente No. 123).

446

28. EMBARAZO.

Indemnizaciones a que tiene derecho la mujer en estado de gravedad, en caso de ser despedida sin justa causa. El problema debatido en el presente juicio, se reduce a establecer si la actora tiene derecho al reintegro al cargo y al pago de las prestaciones que solicita, teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y el 39 del Decreto 1848 de 1969. Dichas disposiciones rezan: "Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968: Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de una trabajadora o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo si es empleada. "Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que él mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado". "Artículo 39 del Decreto 1848 de 1969. "1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. "2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada, por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al

efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trata de trabajadoras oficiales vinculadas por contrato de trabajo. "Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora". En cuanto al restablecimiento del derecho, es decir, al reintegro al cargo que ocupaba, considera el Consejo que no hay lugar, debido a la determinación específica de las indemnizaciones a que tiene derecho, de acuerdo con las normas transcritas. (Sentencia de 10 de agosto de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez. Actora: Victoria Tozcano de Mora. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 016 de junio 1/73 y 023 de junio 14 del mismo año, emanadas de la Delegación Departamental del Estado Civil de Norte de Santander. Expediente No. 2343).

374

29. ESTUDIOS DE DERECHO.

Sistemas para optar al título de Doctor en Derecho. Inexistencia de los Artículos números 12 del Decreto 971 de 1970 y 11 del Decreto 1391 del mismo año. Si bien la jurisprudencia y la doctrina difieren en relación con los efectos de la sentencia de inexequibilidad en cuanto se considere que equivale bien a la derogatoria de la norma declarada inconstitucional, o bien a la nulidad de la misma, con diferentes y particulares consecuencias en uno u otro caso, existe un efecto común a una y otra teoría en cuanto la norma declarada inexequible por vía de acción, desaparece del elenco jurídico, se torna inexistente. En estas condiciones, cumple examinar si las normas acusadas son desarrollo reglamentario de las disposiciones del Decreto 970 declaradas inexequibles, en orden a definir si aún conservan su fuerza jurídica o si, por el contrario, han quedado insubsistentes en virtud de tal declaración. Los Artículos 21, 22 y 23 del Decreto extraordinario 970 de 1970, declarados, entre otros, inexequibles por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1970 contemplan las modalidades para efecto de obtener el grado de "doctor" en derecho, frente al simple título de "abogado". La disposición reglamentaria (Artículo 11 del Decreto 1391 de 1970) desarrolla las dos modalidades previstas en el Decreto 970 para obtener el grado de "doctor", mediante el señalamiento de las áreas en que deben presentarse "exámenes preparatorios orales y escritos", o bien, y

en reemplazo del sistema anterior, el adelantar cursos de especialización e investigación con duración no inferior a un año, debiendo presentar el aspirante en una u otra hipótesis una "tesis sobre un tema jurídico específico, de novedad y actualidad". Frente al contenido normativo de la disposición reglamentaria, la Sala encuentra que sus provisiones son un exacto desarrollo de los citados Artículos 21, 22 y 23 del Decreto 970, sin que su contenido tenga relación directa con el resto de disposiciones de este estatuto que no fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia. La anterior premisa le permite a la Sala concluir que el Artículo 12 del Decreto 971 de 1970, reproducido por el Artículo 11 del Decreto 1391 del mismo año son disposiciones inexistentes por virtud de la declaratoria de inexistencia de las normas que reglamentan. (Sentencia de 17 de mayo de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Carlos Gustavo Arrieta P. Acción de nulidad de los Artículos Nos. 12 del Decreto 971 de 1970 y 11 del Decreto 1391 del mismo año. Expediente No. 1980).....

30. EXPORTACIONES.

Su régimen legal está estructurado sobre el principio de la libertad de las mismas, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por leyes o convenios internacionales. Se declara la nulidad del Artículo 16 del Decreto Reglamentario No. 1171 de 1973. El Artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967 prevé en sus literales a), d) y f) la posibilidad de establecer algunas limitaciones o restricciones y aún algunas prohibiciones temporales a la exportación, por las razones y para los fines allí mismo señalados. También se consagra en el párrafo del citado Artículo la prohibición permanente de exportar "bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación". El mismo Artículo confiere a la Junta de Comercio Exterior la facultad de dictar las reglamentaciones y determinar las restricciones y limitaciones que se deriven de la norma en cuestión, vale decir que a esta entidad le compete dictar las disposiciones complementarias de las prohibiciones, limitaciones y restricciones que, de manera amplia y en términos genéricos consagra el mencionado Artículo 46, para lo cual le confiere un cierto poder discrecional en la apreciación de los hechos y circunstancias que de manera general se prevén en el referido Artículo. Ppfo es, pues, evidente que en virtud de otras leyes o

de convenios internacionales pueden consagrarse otras excepciones al régimen de libertad de exportaciones y, más aún, que mediante una nueva Ley pueda transformarse tal régimen en otro diferente y también que se puedan consagrar nuevas restricciones o limitaciones a la libertad de exportación, atribuyéndose a un organismo distinto de la Junta de Comercio Exterior, las facultades requeridas para la ejecución de los nuevos preceptos o trasladarle sus competencias actuales; todo ello claro está, dentro del marco constitucional y, en todo caso, por medio de una Ley. (Sentencia de febrero 12 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla. Actor: Laboratorios Biológicos de Colombia Ltda. Acción de nulidad contra el Artículo 16 del Decreto Reglamentario No. 1171 de 1973. Expediente No. 2032).....

51

F

31. FONDO DE PROMOCION DE EXPORTACIONES (PROEXPO).

Naturaleza jurídica. Control fiscal. Su origen legal es el Artículo 181 del Decreto 444 de 1967, norma que lo creó y señaló sus fines. Sobre su naturaleza, el Artículo 182 del mismo estatuto, declaró que era persona jurídica autónoma que funcionaría anexa al Banco de la República, mediante contrato entre éste y la Nación. Tiene, además, por la índole especial de sus actividades el carácter de "establecimiento de crédito", naturaleza que la Ley solo otorga en el referido Decreto 444 a los Bancos, a las Corporaciones financieras y al Fondo materia de la consulta, en su Artículo 266. Carácter que se confirma con la lectura del Artículo 186 del mismo Decreto 444 al enumerar las operaciones que le autoriza efectuar. Como establecimiento de crédito por definición legal, la consecuencia fue la de que el Decreto 2103 de 1972, aprobatorio de los Estatutos del Fondo, lo calificó en su Artículo 1o. como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico, pues cumple las condiciones y requisitos que tipifican estos entes, tal como lo establecen el parágrafo del Artículo 1o., 6o. y 30 del Decreto 3130 del mismo año. En consecuencia, el Fondo es una entidad descentralizada del orden nacional con el carácter y régimen legal de empresa industrial y comercial del Estado, y con funciones de entidad de crédito. Dentro de una interpretación armónica de los Artículos 1o., 2o. y 8o. de la Ley 151 de 1959, Artículo 482 del Decreto 444 de 1967 y Artículo 41 del

Decreto 3130 de 1968, tenemos que, como no puede constitucional y legalmente existir control fiscal que no sea ejercido por la Contraloría, y como la Ley admite la posibilidad de que coexistan sobre un mismo ente el control administrativo y el fiscal, aunque con distintas finalidades, por procedimientos diferentes y desde puntos de vista igualmente diversos, aunque el Artículo 41 del Decreto 3130 de 1968 excluye los establecimientos de crédito de la supervigilancia de la Contraloría, tal exclusión ha de entenderse para que no pugne con la Constitución y la Ley 151 de 1959, respecto de sus operaciones comerciales que constituyen el giro ordinario de sus negocios, sometidas al control administrativo de la Superintendencia Bancaria que es el correspondiente al Presidente por disposición constitucional, al que no debe superponerse el fiscal por razones técnicas y jurídicas; pero la Contraloría puede supervisar por el sistema del control posterior la gestión fiscal, entendida como recaudo, manejo o inversión de fondos públicos, y éstos lo son totalmente. En conclusión, por tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado, como lo ha sostenido este Consejo en providencia ya citada, está sometida en su gestión fiscal al control de la Contraloría General de la República, en su modalidad de control posterior, por razón de la naturaleza de sus actividades, y sin perjuicio de las demás formas de supervigilancia estatal que la Ley establece. (Ver No. 21 del Indice)

32

H

32. HORAS EXTRAS Y JORNADA NOCTURNA.

Distinciones entre estos dos fenómenos laborales. Origen y desarrollo legales en la legislación vigente. En términos generales, la jornada ordinaria de trabajo puede ser diurna o nocturna. También puede ser diurna y nocturna si así se ha convenido o reglamentado. Por lo mismo, las horas extras pueden ser diurnas o nocturnas, si se agregan ocasionalmente a la jornada diurna o a la nocturna. Las horas extras están definidas por el Artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo, así: "Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede la máxima legal". Y según el Artículo 161 *ibídem*, la duración máxima legal es de ocho (8) horas al día y de cuarenta y ocho (48) a la semana. Las horas extras, estuvieron prohibidas de pago en forma absoluta para los trabaja-

dores oficiales, desde la expedición de la Ley 141 de 1948 Artículo 12, hasta el 26 de Diciembre de 1968, en que por Decreto-Ley número 3181 de ese mismo año, se concretó la prohibición al sector nacional, quedando libres de reglamentarlas los Departamentos y los Municipios, con la excepción de que para la parte oficial se autorizó su pago en los tres casos allí enumerados. Finalmente, el Decreto-Ley número 1912 del 19 de septiembre de 1973, en su Artículo 12, eliminó la antigua prohibición, reemplazándola, por una permisión general de pago, al estatuir: "Cuando sea necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria, por razones urgentes del servicio, el Jefe del organismo respectivo, podrá autorizar descanso compensatorio o pago de horas extras", con sujeción a los requisitos que esa misma norma establece. La jornada nocturna está definida en la Ley en forma separada, como cuestión distinta de las horas extras para un tratamiento y pago también diferentes. Así lo determinan los Artículos 160 y 168 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyos textos, respectivamente, rezan: "1) Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las diez y ocho (6 p.m.). "2) Trabajo nocturno es el comprendido entre las diez y ocho horas (6 p.m.) y las seis (6 a.m.). "El trabajo nocturno, por el solo hecho de ser nocturno, se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno". En igual sentido se expresa la Ley 64 de 1946, la cual en su Artículo 1o., preceptúa: "La jornada ordinaria diurna estará comprendida entre las seis (6) horas y las dieciocho (18) horas, y la jornada ordinaria nocturna entre las dieciocho (18) horas y las seis (6). Esta se pagará con un recargo de un treinta y cinco por ciento (35%) sobre la jornada ordinaria diurna. "Queda en estos términos modificada la parte primera del parágrafo 3o. del Artículo 3o. de la Ley 6o. de 1945". La anterior distinción que hace el Código Sustantivo del Trabajo como simple distribución metodológica de dos fenómenos laborales diferentes y autónomos, es un criterio común que puede aplicarse tanto en el derecho público como en el privado, cuando quiera que se esté en presencia de diferendos surgidos en uno u otro campo, por la determinación exacta de si un trabajo debe considerarse como simple hora extra o como jornada laboral completa, para la aplicación de las disposiciones legales que regulan la materia. (Sentencia de mayo 20 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Pedro Pablo

Beltrán Méndez y otros. Acción de plena jurisdicción contra el Artículo 5o. de la Resolución No. 3130 de 22 de julio de 1970, expedida por el Ministerio de Obras Públicas. Expediente No. 1812).

206

I

33. IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS.

Es de carácter nacional. Los Concejos Municipales no están autorizados para crearlo. El Artículo 7o. de la Ley 12 de 1932 estableció un impuesto equivalente al 10% del precio de las boletas de entrada a toda clase de espectáculos públicos y el Artículo 171, ordinal 9, del Código de Régimen Político y Municipal les prohíbe a los Concejos crear impuestos sobre objetos ya gravados por la Nación o por el Departamento, salvo autorización expresa para hacerlo en un caso determinado. No cabe duda de que el impuesto de espectáculos públicos creado por la Ley 12 de 1932 es de carácter nacional, ya que su origen directo es una determinación del Congreso adoptada por Ley y no un acto de Asamblea o de Concejo que instituya el cobro local de un tributo con fundamento en una previa autorización del legislador, que vendría a ser en tal hipótesis el origen indirecto de ese gravamen, el cual sería entonces de carácter departamental o municipal según que fuera establecido por Ordenanza o por Acuerdo. Y es indudable también que las boletas de entrada a los espectáculos públicos son un objeto gravado por la Nación con el impuesto de que trata el Artículo 7o. de la Ley 12 de 1932, cuyo carácter de nacional se encuentra reforzado por el Artículo 3o. de la Ley 33 de 1968 que les cedió a los municipios a partir del 1o. de enero de 1969 el producto de este gravamen, desde luego que la cesión habría sido supérflua o inane si de antemano el impuesto hubiera sido una renta municipal. Y como el Artículo 171, ordinal 9, del Código de Régimen Político y Municipal, les prohíbe a los Cabildos gravar objetos ya gravados por la Nación, resulta evidente que el acto acusado infringe esa prohibición al establecer un nuevo impuesto sobre las boletas de entrada a los teatros, ya que tampoco aparece ninguna Ley que, por vía de excepción, autorice expresamente a los concejos para crear tal gravamen. (Auto de mayo 2 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Raúl H. Sánchez.

Acción de nulidad contra el Artículo 3o. del Acuerdo 21 de 1973, del Concejo de Santa Marta. Expediente No. 2791).

394

34. IMPUESTO DE ADUANAS.

Tiene características muy notables de orden fiscal y económico. Entra en vigor en la fecha que el Gobierno determine. Atribución constitucional permanente del Gobierno para modificar los aranceles. En atención a que el impuesto de aduanas tiene características muy notables de orden fiscal y económico que lo diferencia de los demás impuestos, el constituyente tiene previsto desde 1898 que él sea manejado por el Gobierno con amplia libertad por medio de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso a fin de que pueda revisar continuamente el arancel en el sentido de modificar la nomenclatura para adaptarla a las nuevas modalidades de nuestro comercio internacional y para modificar la tarifa. En consecuencia, en diversas épocas el Congreso le ha otorgado poderes para mantener actualizado el arancel ajustándolo al desarrollo económico del país que se origine en circunstancias tales como el establecimiento de nuevas fuentes de producción nacional que merezcan protección y la necesidad de estimular la integración de la industria protegida, extender al consumidor los beneficios de la industrialización, evitar la formación de monopolios de hecho al amparo de la protección aduanera y perseguir la finalidad de que las inversiones extranjeras resulten convenientes para el desarrollo del país. Además, en todas las Leyes de facultades se establece que las disposiciones que dicte el Gobierno sobre la materia entrarán en vigencia en la fecha que el Gobierno determine. Y éste prescribe invariablemente en los Decretos-Leyes que las nuevas clasificaciones arancelarias tendrán validez a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Dirección de Aduanas o en su suplemento. (Sentencia de febrero 7 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Industria Colombiana de Bicicletas El Balín, Arenas y Cía. Ltda. Acción de plena jurisdicción contra varias resoluciones de la Dirección General de Aduanas. Expediente No. 2349)

235

35. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Ciclos o períodos de tiempo al cabo de los cuales se causa. Bases para determinar el monto de la obligación que nace en cada ciclo fiscal. Formas de percepción del impuesto y tarifas aplica-

bles. Vigencia de las variaciones en las tarifas para el cobro directo o para la retención, que se expidan antes de vencerse una anualidad gravable. Para regularizar en forma metódica y clara las relaciones entre el fisco y quienes obtengan ingresos o posean bienes sujetos a pagar el impuesto sobre la renta y sus complementarios, sean nacionales o extranjeros, personas físicas o morales y residan o no dentro del territorio nacional; la Ley ha establecido ciclos o períodos de tiempo al cabo de los cuales se causa el impuesto derivado de la obtención de las rentas o de la posesión de los bienes gravables con dicho impuesto. Tales períodos, conforme al Artículo 2o., inciso 2o., del Decreto 437 de 1961, generalmente coinciden con el año civil y solo por excepción corresponden a lapsos menores. Pero en todo caso las obligaciones tributarias causadas en cada uno de aquellos ciclos y motivos de la respectiva liquidación y del ulterior cobro del gravamen al contribuyente son independientes entre sí, conforme lo estatuye el Artículo 30 del Decreto Ley 1651 de 1961. Surge de allí que las bases para determinar cuantitativamente el monto de la obligación que nace en cada ciclo por obra de la relación jurídica tributaria que existe entre el fisco como acreedor y el contribuyente como deudor, tanto respecto de los ingresos o bienes gravables como en lo que atañe a las tarifas del impuesto aplicables, solo vienen a consolidarse al fenecer cada uno de los períodos tributarios en concreto. Y así como a nadie pueden gravársele bienes que solo poseyó temporalmente y dejó de poseer antes de concluir el ciclo fiscal, tampoco podría aplicarse una nueva tarifa para liquidar el impuesto sobre rentas ya devengadas por el contribuyente dentro de anualidad gravable ya expirada cuando se expidió y entró a regir esa nueva tarifa, salvo que ella resulte más benigna para aquel y que el legislador disponga de modo expreso su aplicabilidad hacia el pasado. Los principios anteriores son predicables con igual propiedad tanto en la hipótesis donde el cálculo y el cobro del impuesto se fundamentan en la declaración de renta y patrimonio hecha y presentada por el propio contribuyente, que es la más acostumbrada dentro del régimen colombiano, como en la hipótesis en que el tributo a cargo del beneficiario de un pago o de un abono en cuenta es retenido en la fuente y consignado en las arcas oficiales por la persona que hace el pago o abono, sin que aquel beneficiario, si es extranjero domiciliado fuera de Colombia, tenga obligación distinta a la de sufrir esa retención, pues ella satisface a plenitud su deber tributario frente al fisco colombia-

no sin necesidad de presentar declaración de renta y patrimonio, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado. Es entonces muy claro que así como a quien denuncia sus bienes e ingresos al expirar un período gravable debe liquidársele el gravamen a la tasa vigente para aquel período, al beneficiarios de pagos o abonos gravables con el impuesto debe hacersele la retención correspondiente con base en la tarifa que rija en el ciclo fiscal en que el ingreso respectivo, abono o pago, se causaron o se hicieron exigibles para su beneficiario. Pero como una y otra de las que acaban de enunciarse son formas de percepción fiscal del impuesto sobre la renta, es indiscutible, de acuerdo con lo que acaba de exponerse, que las variaciones en las tarifas para el cobro directo o para la retención que se expidan y que entren a regir antes de vencerse una anualidad gravable son aplicables a los ingresos logrados por todos los contribuyentes durante tal anualidad. Así se desprende del efecto general inmediato que tiene la Ley tributaria por ser de orden público, al hacer parte del Derecho Público de la Nación. Y no puede pensarse que si una nueva tasa de retención en la fuente entra en vigor después de hechos algunos pagos o abonos en cuenta al contribuyente o beneficiario foráneo, es ilícito revisar el monto de lo retenido en ese entonces para ajustarlo a la tarifa que comenzó a regir dentro de la misma anualidad gravable en que los abonos o pagos constituyeron ingresos para tal beneficiario, por suponer que esa revisión equivale a darle efecto retroactivo a la Ley, desde luego que las bases para calcular la cuantía del tributo a cargo de cada contribuyente, sea cual fuere el sistema por el cual deba satisfacerlo, solo vienen a consolidarse al expirar el respectivo período fiscal cuya individualidad respecto de los demás ciclos anteriores o posteriores a él está determinada por la Ley. Aún más, si se entendiera que la retención hecha al realizar cada pago o abono satisface definitivamente el impuesto respecto de ellos, vendría a suceder que al beneficiario a quien se le hicieran el pago o abono en su favor en un solo contado y después de fenecida la respectiva anualidad gravable, le sería aplicable a la totalidad de su ingreso obtenido en ella la nueva tarifa que entró a regir durante esa anualidad, mientras que el beneficiario de ingresos iguales a los del anterior a quien se le hicieron varios pagos o abonos parciales en el curso del año le serían aplicables distintas tarifas de retención dentro de un mismo ciclo fiscal y resultaría gravado, por lo tanto, con impuesto inferior al satisfecho por el otro contribuyente con

idéntica renta, situación que sería ilógica y contraria a la equidad, que debe ser siempre la guía cuando se trate de aplicar preceptos tributarios. Si, conforme acaba de exponerse, la situación jurídica del contribuyente frente al fisco viene a consolidarse en cuanto a las bases para la liquidación tanto privada como oficial del tributo, como condición necesaria de su exigibilidad en concreto si se trata del sistema ordinario de recaudarlo, o viene a consolidarse en cuanto al monto de la retención a cargo del beneficiario y de la responsabilidad consiguiente del retenedor frente al erario, dentro de este sistema especial de percepción, cuando en una y otra hipótesis ha terminado el respectivo período gravable, es evidente que todo intento de regular ciclos tributarios ya fenecidos por nuevos preceptos más onerosos que los antiguos y que sean posteriores a aquel fenecimiento, equivale a darle efectos y alcances retroactivos a la nueva Ley, que solo ha de regir hacia el futuro conforme a nuestro ordenamiento constitucional, pues lo contrario sería tanto como desconocer situaciones jurídicas individuales, obligaciones en este caso, ya consolidadas por ministerio de la Ley en cabeza de sus titulares o responsables en concreto. (Sentencia de de junio 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz, con aclaración del voto del Consejero Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Actor: SOFASA S.A. Acción de nulidad contra el oficio No. 17926 de 1973 del Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Expediente No. 2684).

306

Nota: La doctrina consagrada en esta sentencia, sobre consolidación anual de rentas, fue rectificada en sentencia de octubre 2 de 1974 en el sentido de que no hay lugar a dicha consolidación y por lo tanto, las variaciones en la tasa de liquidación del impuesto único con retención en la fuente, no son aplicables a los pagos o abonos en cuenta hechos con anterioridad a dicha variación.

36. IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS.

Participación de los Municipios. Su distribución corresponde a Los Departamentos. El querer del legislador resulta bien claro de la simple lectura de las Leyes 33 de 1968, 47 de 1971 y 9a. de 1972 en el sentido de que la participación que corresponde a los Municipios en el impuesto sobre las ventas se distribuya por los Departamentos, seguramente con el propósito de hacer efectiva la

independencia administrativa de las entidades territoriales de que tratan los Artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional. Del derecho romano viene la regla según la cual cuando la Ley está concebida con palabras tan claras que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador, no debemos eludir su tenor literal a pretexto de penetrar en su espíritu, regla que es la misma que consagra el Artículo 27 del Código Civil. Y según los expositores el sentido de la Ley es claro cuando el alcance de la disposición se entiende por su sola lectura, sea porque considerada aisladamente de las demás no origina dudas, sea porque relacionada con ellas no denota discordancia. (Sentencia de febrero 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. Actor: César Castro. Acción de nulidad contra el Artículo 2o. de la Resolución No. 5536 de 1973, originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Expediente No. 2533).

197

37. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.

Situaciones irregulares en que pueden colocarse los responsables de este impuesto. Diferencias y consecuencias legales de cada una de ellas. No pueden confundirse las diligencias preparatorias para la práctica de liquidaciones de revisión o de aforo, con las liquidaciones mismas. Existe notoria diferencia desde el punto de vista legal entre la extemporaneidad en declarar, la declaración inexacta y el absoluto incumplimiento del deber de presentar la relación o declaración de ventas. La primera implica demora en expresar la verdad. La segunda equivale a deformar la realidad, sea dentro del plazo oportuno para declarar o fuera de él. Y el tercero es el conato frustrado o conseguido de evadir un tributo que legalmente ha de satisfacerse. Cabe distinguir también las consecuencias de cada uno de estos fenómenos. La demora en declarar ocasiona el pago de intereses a la tasa del 3% mensual sobre el impuesto debido. La inexactitud causa un recargo del 100% en el monto del gravamen que de ella se derive. La evasión absoluta da lugar a la liquidación de aforo del tributo con un recargo del 200% sobre su valor. No es posible equiparar ni en cuanto a su origen ni en cuanto a sus consecuencias las tres situaciones irregulares en que puede colocarse un responsable del impuesto sobre las ventas frente a las autoridades tributarias, ni estas últimas pueden aplicar por analogía el régimen propio de una de tales situaciones a otra de ellas, desde luego que el

legislador prevé de modo muy claro y específico los efectos de cada situación para el respectivo infractor. Tampoco permite el estatuto del gravamen que se estudia involucrar o confundir las pesquisas, inspecciones, obtención de pruebas y demás labores preparatorias o fundamentales para la práctica de liquidaciones de revisión o de aforo con las liquidaciones mismas. Aquellas diligencias son un preámbulo indispensable para conocer hasta donde llega el monto de la evasión sufrida por el fisco. Las liquidaciones, en cambio, son medios punitivos creados por la Ley para corregir la evasión parcial o total del pago del tributo comprobada a un responsable de satisfacerlo. Son ellas entonces y no las diligencias previas a su práctica las que determinan el monto de la obligación fiscal a cargo del respectivo infractor. Y aún las liquidaciones mismas para producir efectos jurídicos deben serle notificadas al afectado con ellas, conforme quedó visto. Lo expuesto conduce también a esclarecer que no existe base legal para configurar la llamada "operación administrativa de aforar" que mencionan los pasajes impugnados de la Circular 3 de 1973. Ni, menos aún, existe fundamento legalmente plausible para entender que al iniciarse las diligencias preliminares tendientes a la práctica de una liquidación por aforo "cualquier liquidación privada posterior a ese evento sería inocua y cualquier pago será tenido únicamente como abono, depósito o a buena cuenta", como reza uno de aquellos pasajes, ya que quien declara con exactitud así sea tardíamente no es evasor del impuesto sino deudor moroso de éste y el tratamiento que la Ley prevé para cada una de tales situaciones es distinto, conforme quedó expuesto. (Sentencia de abril 4 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Rafael M. Zapata. Acción de nulidad contra varios pasajes de la Circular No. 3 de 1973, del Director General de Impuestos Nacionales. Expediente No. 2527).

275

38. INTERPRETACION DE LA LEY.

Al ejercitar el Gobierno la potestad reglamentaria debe interpretar la Ley que reglamenta, porque determinar los caminos para su cumplida ejecución es tanto como explicar o determinar su sentido y principalmente los textos faltos de claridad. Entre los deberes que la Constitución impone al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa está la de velar por el exacto cumplimiento de las Leyes, para lo cual el mismo estatuto le concede la facultad de expedir las órdenes,

decretos y resoluciones *necesarios* a tal fin (Artículo 120, numerales 2o. y 3o.). Es la llamada potestad reglamentaria cuyo objeto es desenvolver las reglas generales de la Ley, explicar las consecuencias de los principios que ella contiene, determinando la manera de cumplirla, según las diversas circunstancias que puedan presentarse. “Conocedor constante de las necesidades administrativas y de los medios prácticos de acción —dice don José María Samper en su autorizado comentario científico a la Constitución de 1886— el Presidente es quien puede mejor reglamentar la parte mecánica de la ejecución de las Leyes, con sujeción a las reglas orgánicas o substanciales que éstas contienen”. Obviamente al ejercitar el Gobierno esta facultad debe interpretar la Ley que reglamenta, porque determinar los caminos para su cumplida ejecución es tanto como explicar o determinar su sentido y principalmente los textos faltos de claridad. Otra cosa es que el Gobierno no pueda sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos constitucionales o legales, ni ampliar, restringir o modificar la Ley para cuya aplicación se dicta el reglamento. “Todo aquello que está contenido en la Ley puede desenvolverlo de manera pormenorizada y comprensiva el decreto reglamentario, pero nada más que eso, porque la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes”, viene diciendo el Consejo de Estado desde el 31 de enero de 1939. (Anales número 275). (Sentencia de junio 12 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. con adiciones al voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro y salvedad de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Luis Fernando Lloreda. Acción de nulidad del Decreto Reglamentario No. 360 de 1972. Expediente No. 2620. NOTA: Esta sentencia revoca la suspensión provisional decretada en auto de 30 de noviembre de 1973 y en su lugar niega las súplicas de la demanda.). (Ver No. 39 del Indice).

91

39. INTERPRETACION DE LA LEY.

La Ley no puede ser interpretada sino por la misma Ley —el ejercicio de la potestad reglamentaria no implica la atribución de interpretar las leyes con carácter “erga omnes”, pues al hacerlo se rebasa dicha potestad. Decir el sentido de la Ley sin que nadie pueda lícitamente apartarse de ese tenor, por ser la versión

auténtica de sus alcances o de sus intenciones, solo puede corresponderle hacerlo a quien dictó la norma, o sea al legislador pues solo él conoce de manera directa e inmediata cuáles fueron los móviles para expedirla, las situaciones que deseaba regular y la forma como quería que se desarrollaran las relaciones sociales, jurídicas o económicas que reglamentaba dentro de la comunidad de seres humanos cuyo régimen dictó ese legislador, ahora intérprete auténtico y fidedigno de sus propios preceptos. Las demás aproximaciones al sentido de una Ley con el fin de reglamentarla o de inspirar en ella alguna decisión judicial no buscan ni pueden buscar cosa distinta de su recto entendimiento encaminado a obtener "la cumplida ejecución" de ella dentro de la vida práctica o a lograr su aplicación correcta en el caso concreto sometido a la decisión judicial. Pero ninguna de estas dos formas de entender la Ley, la del Gobierno y la de los Jueces, puede imponerle por vía general su sentido a todas las gentes del país, porque el entendimiento gubernamental del precepto solo puede tender a encontrar su contenido real, sus alcances y efectos para no restringirlos o aumentarlos porque ello implicaría desbordamiento de la potestad reglamentaria y la interpretación jurisdiccional solo puede buscar la decisión de un litigio mediante sentencia cuyos efectos, por regla general, solo se producen entre quienes fueron partes en el proceso o sus causahabientes, pero en ningún evento un Juez o un Magistrado pueden pretender que su interpretación de la Ley en un fallo llegue a imponerse de manera general y obligatoria como único entendimiento ortodoxo y válido de esa Ley. Si el reglamento o la sentencia intentan dar el sentido único, general y auténtico de una norma, rebasan su ámbito propio e invaden, aún a pretexto de la colaboración armónica prevista por la Constitución, la órbita propia de una rama distinta del poder público, la legislativa, a quien le compete institucionalmente dar aquella interpretación (Artículo 76, ordinal 1o., Constitución, 25 Código Civil). (Salvamento de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz, a la sentencia de junio 12 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, en que fue Ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Luis Fernando Lloreda. Acción de nulidad del Decreto Reglamentario No. 360 de 1972 del Gobierno Nacional. Expediente No. 2620). (Ver No. 38 del Indice). . . .

40. INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

Intervención extensiva e intervención permisiva. El término *intervención*, que en sentido genérico significa "cualquier tipo de

medida de política económica tendiente a producir un beneficio social" (W.H. Heller, *Diccionario de Economía Política*, Edit. Labor, Pág. 267), tiene el Derecho Constitucional Colombiano dos acepciones, una amplia o extensiva y otra facultativa o permisiva. *La intervención extensiva del Estado*. Este concepto expresa el conjunto de disposiciones, constitucionales y legales, que delimitan o condicionan el ejercicio de la actividad particular, en relación con la del Estado; no implican que éste se inmiscuya directamente, con una finalidad integral, en la economía del país, pero sí repercuten en ella mediata o inmediatamente. Son preceptos de orden público por los cuales, considerados en conjunto, la Constitución y la Ley determinan, orgánica y funcional o materialmente, los sectores público y privado de la economía nacional. Constituyen las regulaciones específicas del Estado, *por el hecho de serlo y como consecuencia de su estructura fundamental*, que necesariamente inciden en el sector privado de la economía, *como normas de orden público*. *La intervención permisiva del Estado*. Este tipo de intervención del Estado en la economía del país, permisivo y genérico, se caracteriza porque la Constitución *lo habilita*, "por mandato de la Ley", para inmiscuirse en el sector privado o particular de la economía con la finalidad señalada por la misma Constitución. Se diferencia del anterior, de intervención extensiva, en que permite al Estado dirigir, orientar, condicionar o restringir la libertad económica particular, que aquél delimita y distingue, orgánica y funcionalmente; del sector público, con el objeto de *realizar* la finalidad programática de la Constitución: mientras aquel en el fondo es estático, éste implica *una dinámica acción macroeconómica y de orden público*. (Ver Nos. 13, 41, 42, 43, 47, 50, 57, 58 y 59 del Índice).

109

41. INTERVENCION DEL ESTADO EN EL AHORRO.

Naturaleza jurídica y alcance del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución Nacional. El Artículo 120 de la Constitución determina las funciones del Presidente de la República como "suprema autoridad administrativa". En consecuencia, el Ordinal 14 *ibídem* le atribuye *una competencia administrativa con la finalidad indicada por la misma Constitución*. Es cierto que el enunciado del Artículo 120 de la Constitución también hace referencia a las funciones del Presidente como "Jefe de Estado", pero con el objeto de aludir, como se explicó, a su carácter de

director de las relaciones diplomáticas, como dispone concretamente el Ordinal 20 de la misma disposición. Además, en la hipótesis de que comprendiere otras atribuciones del Presidente, la conclusión sería la misma, por una parte, porque la naturaleza jurídica de éstas se determina, no por su enunciado sino por su significado específico y, por otra, porque todas las facultades enumeradas en la norma, distintas de la relativa a las relaciones con otros Estados, específicamente la del Ord. 14, son, orgánicamente, de indole o naturaleza administrativa, por definición diferentes de las que corresponden a la rama legislativa, o, por excepción, al Gobierno en los casos en los cuales puede expedir, como se ha expuesto, decretos con fuerza de Ley (Artículos 118, Ordinal 8o., 214 y 216 de la Constitución). El carácter administrativo de las atribuciones otorgadas al Gobierno por el Artículo 120, Ordinal 14, de la Constitución también se determina por el aspecto material, sobre la base de considerar que la función administrativa implica, básicamente, el cumplimiento o la ejecución de la Constitución y la Ley, mientras que la legislativa consiste, fundamentalmente, en la posibilidad jurídica de adoptar, de conformidad con la Constitución, las opciones políticas esenciales para la dirección del país, como el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas y la *intervención general en la economía* para su realización y para lograr el "desarrollo integral", cuyo cumplimiento incumbe al Gobierno. El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución otorgó al Presidente de la República *una facultad administrativa*, cuyo alcance se debe deducir, coordinadamente, de su contexto y naturaleza, en relación con los demás pertinentes principios constitucionales. Como se trata de una facultad de carácter administrativo, el Presidente de la República no tiene competencia para, con base en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, suspender, derogar o modificar la Ley: ésta tiene, como se ha expuesto, un ámbito de validez diferente del reglamento autónomo y entre ellos no puede haber, constitucionalmente, contraposición, sino correlación o armonía, como consecuencia de la unidad lógico-jurídica de la Carta. De ahí que la discordancia entre la Ley y el reglamento autónomo implique violación, por cualquiera de ellos, de la Constitución, que debe declarar la Jurisdicción, sin perjuicio de que, en el caso específico, pueda tener aplicación la excepción de inconstitucionalidad (Artículo 215 de la Constitución). *Deslegalización*. En la aplicación del Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución. Pero, en re-

lación con la rama legislativa del poder público, es evidente que la materia regulada por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que antes correspondía, por cláusula general de competencia, al Congreso, *se convirtió, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968 (D.O. No. 32673 de 1968) en administrativa* y que así se cumplió, a este respecto, el fenómeno jurídico de la “deslegalización” de esa materia específica. Por consiguiente, el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia que le confiere la norma, puede suspender, modificar o derogar los preceptos legales, dictados con anterioridad a la vigencia de la Reforma Constitucional de 1968, sobre la materia; esto no porque el Presidente de la República pueda hacerlo, en ejercicio de una función legislativa ínsita en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, sino *a causa del tránsito de régimen constitucional y ratione materiae*: porque ésta, de legislativa que era, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968, devino en administrativa. El Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución faculta al Presidente de la República, como “suprema autoridad administrativa”, para “ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”. Según el *tenor literal* de esta norma, se facultó al Presidente, en su carácter de “suprema autoridad administrativa”, para ejercer “la intervención necesaria” en el Banco Emisor “y en las actividades” de las personas “*que tengan por objeto*” las finalidades indicadas (la Sala subraya). Además del Banco Emisor, el objeto, que según el texto de la norma implica la intermediación financiera, determina *las actividades* que, en cumplimiento del mismo, pueden ser intervenidas por el Gobierno. Esta intervención —excluida la que se puede ejercer en el Banco Emisor—, por lo mismo se limita, por razón de la materia, *a las actividades*, como expresó la Sala en sentencia del 6 de mayo pasado, “de los llamados intermediarios financieros en el mercado de capitales, como cajas y secciones de ahorro, compañías de seguros de vida, de capitalización, de inversiones y demás entidades especializadas en la función de canalizar el ahorro privado nacional hacia la formación de capital. . .” Supone la *preexistencia* de las personas jurídicas, *cuyas actividades, por razón de su objeto*, pueden ser intervenidas; la norma no atañe a la creación de las mismas y obviamente supone o se

remite al régimen constitucional y legal, expuestos anteriormente, sobre creación de personas jurídicas. Por el carácter administrativo y excepcional de esta intervención, tiende a cumplir una finalidad específica de la Constitución, de restrictiva interpretación, que no consiste en *suprimir o anular la actividad intervenida*, que por definición es legítima, ni en realizar una política intervencionista que como tal está regulada, en el orden nacional, por los artículos 32, 76, Ordinal 4o. y 80 de la Constitución, sino en *garantizar el ahorro particular y evitar que los intermediarios financieros, en desarrollo de sus actividades, defrauden o perjudiquen la confianza pública*: de ahí que la necesidad de la intervención implique, como un instrumento jurídico ágil, un poder discrecional, pero que tiene por límite la indicada finalidad del precepto. Es cierto que, como observa el doctor SÁCHICA, éste no la señaló expresamente (Op. Cit. Pág. 310); pero se deduce, en la forma expuesta, del contexto de la norma y de la naturaleza jurídica de la atribución que confiere al Presidente de la República, en relación con los demás principios pertinentes de la Constitución. (Ver Nos. 13, 40, 42, 43, 47, 50, 57, 58 y 59 del índice).....

109

42. INTERVENCION DEL ESTADO.

Carácter y alcance de las facultades de la intervención estatal, previstas por el Artículo 120-14 de la Constitución Nacional. En El Artículo 120-14 se califica la facultad asignada al Presidente como de *intervención*, sin precisarle finalidades específicas, sino señalándole un ámbito para su ejercicio. En tales condiciones la determinación de la finalidad ha de buscarse, en primer lugar, mediante el método sistemático, conforme al cual *“el contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”* (Artículo 30 C.C.), sin olvidar que *“las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a estas su significado legal”* (Artículo 28 C.C.). (Los subrayados son nuestros). Si se aplican estos principios a la materia que nos ocupa, se advierte la estrecha relación que existe entre el Artículo 120-14 y el 32 de la C.N.; en efecto, en este último no solo se consagró constitucionalmente el vocablo *intervención*, sino que se perfiló todo el alcan-

ce filosófico, político y jurídico de la intervención estatal en la economía. Por manera que la primera fuente de que dispone el intérprete para precisar las finalidades del Artículo 120-14 es la propia Constitución cuando señala objetivamente que la de la intervención estatal en la economía es el *desarrollo integral de la comunidad y la justicia social, a través del pleno empleo de los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios y bajo un sistema en el cual se armonice la libertad de empresa con las exigencias del bien común*. Si en el contexto general de la Carta están trazados los rasgos fundamentales de esta institución no se advierte la razón para acudir a la "historia fidedigna" y, menos aún, a unas opiniones muy respetables, pero que, como es de frecuente ocurrencia, no suelen coincidir con el criterio general del cuerpo constituyente o legislativo. De otra parte parece claro que para el constituyente de 1968 la modalidad de la intervención prevista en el 120-14 no es de un género diferente a la del Artículo 32; tanto es así que se le dió el calificativo de *atribución constitucional propia* para subrayar que su ejercicio no requeriría del mandato previo. En otros términos: si en la mente del constituyente no hubiese estado la identidad genérica apuntada, carecería de sentido el calificativo ya dicho, pues el *mandato* de la Ley está instituido exclusivamente como acto condición para el ejercicio de la función interventora del Gobierno en la economía y no para el ejercicio de las demás funciones que le asigna la Constitución al Gobierno como propias. (Salvedad de voto de los Consejeros Dres: Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao, a la sentencia de 14 de junio de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: James W. F. Raisbeck y otros. Juicios Acumulados. Acción de nulidad de los Decretos 98 y 265 de 1973. Expediente No. 1932). (Ver Nos, 13, 40, 41, 43, 47, 50, 57, 58 y 59 del Índice).

109

43. INTERVENCION DEL ESTADO EN EL AHORRO.

Naturaleza de los Decretos de intervención en el ahorro y el derecho francés. No es pertinente la referencia al Derecho Constitucional Francés como argumento para concluir que los Decretos dictados en ejercicio de la facultad contenida en el Artículo 120-14 tienen naturaleza meramente administrativa. En la Constitución francesa vigente se eliminó la cláusula general de competencia del legislativo atribuyendo a éste el señalamiento de

reglas atinentes a determinadas materias (Artículo 34) y asignando las restantes al dominio reglamentario de los Decretos del Gobierno; se dice en la sentencia que, no obstante ese cambio tan radical tales decretos se consideran como administrativos. Con cuanta mayor razón, agrega, ha de considerárselos en Colombia, en donde apenas se trasladaron unas competencias de la esfera del legislador a la del Gobierno, conservándose la cláusula general de competencia para el primero. Efectivamente en la Constitución Francesa de 1958 se realizó ese cambio tan radical, que le permite afirmar al Profesor Burdeau que "la competencia legislativa del Gobierno es una competencia de derecho común en tanto que la del Parlamento no es sino una competencia de atribución" *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (París R. Pichon 1966 Pág. 535). Pero agrega el mismo autor: "Naturalmente los reglamentos autónomos dictados en aplicación del Artículo 37— *son verdaderas leyes que escapan al control de la legalidad que se ejerce normalmente sobre los actos administrativos.* (Se subraya). Ellos no están subordinados sino a los principios generales de derecho" (Pág. 536 *ibídem*). "No hay, pues, para ellos un control de la legalidad en sentido estricto. Pero como tampoco se les puede situar en el mismo pie que las leyes formales (que escapan a todo control de su constitucionalidad por parte de las autoridades jurisdiccionales), el Consejo de Estado, echando mano de una jurisprudencia elaborada bajo la IV República, que permanecen sometidos a la Constitución, a los principios generales del Derecho" (Op. Cit. Pág. 540). Por último, el autor citado se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las *ordenanzas* (que equivalen aproximadamente a nuestros Decretos Leyes, o sea los dictados en uso de las facultades extraordinarias del Artículo 76-12) y expresa que "como el Artículo 37 comporta una delegación del poder legislativo, se estaría tentando a concluir que el Gobierno, al estatuir como si fuera el legislador, debería quedar al margen de todo control. Sin embargo esa no es la solución que ha prevalecido. Para declararse competente el Consejo de Estado ha revivido su posición con respecto a los Decretos-Leyes de la III República. Considera que no puede reputarse que el Gobierno obró como órgano legislativo"... y que, en tal virtud "lo que importa es el criterio formal: la ordenanza es el acto de una autoridad que permanece administrativa y, como tal es un acto administrativo sometido a la apreciación del juez"; (op. cit. págs. 540 y 541). Nos hemos permitido hacer las transcripciones que prece-

den porque ellas aclaran: a) Que la calificación de acto administrativo en relación con los reglamentos autónomos y las ordenanzas tienen apenas en Francia una implicación puramente formal, que obedece al propósito de evitar que tales actos escapen al control jurisdiccional del Consejo de Estado y que, por lo tanto, no significa que se les desconozca su real y verdadera fuerza normativa, que las equipara a la Ley. b) Que las diferencias entre el régimen francés y el colombiano son, al respecto, fundamentales: a) En Francia no existe el control jurisdiccional de las leyes que expide el Parlamento; b) En Colombia no solamente existe ese control por la vía de la acción y de la excepción, sino que expresamente se lo prevé también para todos los actos del Gobierno, con fuerza de Ley, o sin ella. En consecuencia, no se dan entre nosotros las circunstancias que han determinado a la jurisprudencia francesa a hacer esa especie de "Tour de Force" que implica calificar como administrativos unos actos que, en su misma realidad material tienen la fuerza de Ley. (Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao, a la sentencia de 14 de junio de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: James W. F. Raisbeck y otros. Juicios Acumulados. Acción de nulidad de de los Decretos 98 y 265 de 1973. Expediente No. 1932). (Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 47, 50, 57, 58 y 59 del Índice).

109

J

44. JURISDICCION COACTIVA.

Funcionario competente para adelantar el proceso. Improrrogabilidad de la competencia. El Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, tiene dispuesto en su regla 17 que en los procesos contenciosos donde sea parte actora la Nación, su conocimiento corresponde al juez del circuito de la vecindad del demandado. Ello significa que en las ejecuciones fiscales para el recaudo de créditos pertenecientes a la Nación, donde el funcionario ejecutante obra como juez y representa simultáneamente los intereses del acreedor, tiene la competencia para adelantar el proceso el empleado nacional investido de jurisdicción coactiva, que, conforme a la Ley, puede ejercerla en el sitio donde tenga su domicilio el deudor o demandado. Y como la competencia judicial es absolutamente improrrogable, según lo enseña el Artículo 13 del Código ha de concluirse que el mismo principio se predica en cuanto a los ejecutores fiscales, pues

aunque por regla general son funcionarios de la administración, ejercen atribuciones propias de los jueces cuando actúan de modo compulsivo para obtener el pago de créditos a favor de las entidades públicas. (Sentencia de abril 10 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Luis E. Acosta. Jurisdicción Coactiva. Expediente No. 2629).....

475

M

45. MUNICIPIOS.

Su representación e intervención en los juicios administrativos en que tengan interés directo o indirecto. Notificación y comunicación de las demandas al Personero Municipal. El Artículo 20 de la Ley 187 de 1961, inciso 2o., dice: "En los juicios administrativos en que tenga interés un Municipio, será este parte, representado por el Personero respectivo, al cual se hará intervenir desde la primera providencia que se dicte ordenando que se haga la notificación al respecto". Salta a la vista que la norma transcrita anteriormente es de carácter imperativo. Teniendo interés en un determinado juicio un Municipio, es decir, un interés particular, propio de esa entidad, debe necesariamente ser notificado desde la primera providencia. En estos casos debe decirse que la intervención del Municipio no es facultativa simplemente como ocurre cuando se demanda, verbigracia, un acto administrativo de carácter general que atañe por igual a todos los Municipios o por lo menos a los de un Departamento, o cuando se demanda la anulación de un acto del orden municipal, pero cuya nulidad en nada afecta los intereses particulares del Municipio. Por tanto, cuando la intervención es meramente facultativa, el Municipio o la entidad de derecho público respectiva puede hacerse parte en el juicio cuando quiera, o bien puede prescindir de ello. (Auto de marzo 7 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Osvaldo Abello Noguera. Actor: INCORA. Acción de nulidad contra la Resolución No. 208 de 1966 del Gobernador del Magdalena. Expediente No. 1419).....

333

N

46. NOTIFICACION.

De providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido

en la actuación correspondiente (Artículo 11, Parágrafo 1o. Decreto Ley 2733 de 1959). Su finalidad. Es principio general de derecho que las providencias que afecten a terceros que no hayan intervenido en el respectivo proceso o actuación, sea que los afecten en sus personas o en sus bienes, deben serles notificadas personalmente o, cuando menos, con la publicación de lo decidido en ellas en el periódico oficial, que es la forma que conocen las gentes como usual para la notificación ficta de las providencias gubernamentales. Ello tiene por finalidad que esos terceros puedan intentar oportunamente los recursos legales contra tales providencias, es decir, logren ejercer el derecho de defensa contra las decisiones de la administración. Este sistema de notificación lo tiene establecido nuestro régimen positivo en el Artículo 11, parágrafo 1o., del Decreto Ley 2733 de 1959. Y lo hace obligatorio no solamente para las actuaciones de carácter nacional sino para todas las de índole municipal, sin excepción alguna, ya que solo permite que las Asambleas puedan establecer reglas especiales en los asuntos que sean de su competencia reglamentaria. Así lo dispone de modo terminante el Artículo 19 del mismo Decreto Ley. Ha de buscarse entonces de modo primordial notificar personalmente los actos de la administración a los particulares o gobernados. Pero no debe esperarse pasivamente a que llegue de manera espontánea a la oficina respectiva la persona interesada o afectada por el acto para notificárselo personalmente. Al contrario, las autoridades pertinentes deben adelantar las diligencias y averiguaciones razonables encaminadas a que se logre hacer la notificación personal. Y tan solo cuando hay testimonio con firma de empleado responsable en el expediente o expedientes respectivos sobre el fracaso de aquellas pesquisas, puede emplearse el segundo sistema de notificación: la publicación de lo resuelto en un periódico oficial, según lo enseña el Artículo 11, parágrafo 1o. del Decreto 2733. Pero la imposibilidad real de hacer las notificaciones personales no habilita a la Administración para escoger cualquier otro sistema distinto del que acaba de mencionarse como medio legítimo de hacer conocer sus determinaciones. No puede emplear, por ejemplo, el muy usual de fijar listas o edictos por plazos más o menos amplios en sus propias oficinas, como si se tratara de enterar de decisiones gubernamentales a personas que de antemano han intervenido en un proceso. Ni puede tenerse como notificación implícita de una providencia el hecho de que el gobernado interponga recurso contra ella y que la autoridad los

rechace como extemporáneos, desde luego que en esta hipótesis la garantía constitucional de toda persona para defenderse de los actos oficiales quedaría reducida a la simple teoría, y el acto tendría efectos contra la persona, hasta el punto de ejecutoriarse, desde antes de que lo conociera, conclusión que es abiertamente contraria a lo estatuido en el Artículo 12 del propio Decreto 2733. Si, como queda visto, los sistemas que acaban de describirse han de aplicarse sin excepción ninguna para notificar las providencias del ámbito municipal, no puede servir de excusa para abstenerse de emplearlos la circunstancia de que un Acuerdo Municipal disponga que ciertas notificaciones se hagan por medios distintos de los que indica el Capítulo II del Decreto Ley 2733 de 1959, desde luego que dentro de la jerarquía normativa característica de los Estados de Derecho, como el colombiano, es obligatorio para los funcionarios y los jueces aplicar los preceptos dentro de ese orden de prelación y si una norma de orden local, como el Acuerdo, contradice lo estatuido por un acto con fuerza de Ley, como el Decreto 2733 ha de ceder a la voluntad expresada en este último por ser de mayor jerarquía dentro del elenco normativo. Y si no lo hace así, la actuación administrativa es anulable por el organismo jurisdiccional competente, ya que tal principio jerárquico está inclusive plasmado en el Artículo 240 del Código Político y Municipal. (Ver No. 20 del Indice).

409

L

47. LEY Y CREACION DE PERSONAS JURIDICAS.

La constitución atribuye al legislador determinar el régimen de las personas jurídicas conforme a los siguientes principios: Permite "formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal"; prescribe que "las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas" y que "la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la Ley colombiana". Se instituyó así, por los Artículos 12 y 44 de la Constitución, correspondientes a los Artículos 6o. y 20 Inc. 1o. del Acto Legislativo No. 1o. de 1936, que reemplazaron los Artículos 14, 47 y 49 de la Constitución de 1886, el derecho de asociación, dentro del "orden legal"; inclusive se reconocen "las asociaciones religio-

sas", si constituidas mediante la debida autorización, "para que puedan quedar bajo *la protección de las leyes*" (La Sala subraya). De tal manera que, por este aspecto, en lo no previsto por la Constitución, el legislador tiene la atribución de determinar el régimen de las personas jurídicas de derecho privado. De lo expuesto se deduce que, si la Reforma Constitucional de 1936 consistió, a este respecto, en someter las sociedades de procedencia extranjera al régimen jurídico colombiano, el Artículo 12 de la Constitución, que remite a la Ley — como el Artículo 44 *ibidem* — al determinar "la capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas", comprende también a las de origen nacional; así también lo entendió la jurisprudencia de la Corte, en sentencia del 13 de marzo de 1937, por la cual declaró exequible la Ley 62 de 1936 (Cit. por Néstor Pineda, Jurisprudencia Constitucional de la Corte, Tomo II, Edit. Temis, Págs. 257 y 258). La Constitución también atribuye al legislador la facultad de crear, reglamentar o regular directamente las demás personas jurídicas. De lo expuesto se concluye que, según la Constitución, el Congreso tiene facultad privativa y excluyente para determinar el régimen de las personas jurídicas y disponer su creación, a causa de su eminente función de adoptar las decisiones políticas fundamentales. El Gobierno, de conformidad con el Artículo 79 de la Constitución, solo tiene, a este respecto, la iniciativa para "crear ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos", crear y traspasar servicios a cargo de la Nación y autorizar "aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales" porque, como se expuso, según el principio de la competencia de atribución, que se fundamenta en los Artículos 20 y 63 de la Constitución, los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que les esté permitido o prescrito expresamente. (Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 43, 50, 57, 58 y 59 del Indice).

48. LICITACION PUBLICA.

Su finalidad. Procedimiento. Efectos de la adjudicación. Cuando se ha establecido el procedimiento de la licitación pública, lo que se ha buscado con él no es sólo mejorar la situación administrativa para negociar, mediante el concurso de oferentes, sino quitar al negocio el aspecto de clandestinidad, que en nada es favorable al decoro de los funcionarios ni al provecho económico de la Administración. A la licitación precede la formu

lación del pliego de cargos, y a élla siguen en rigurosa sucesión, primeramente la adjudicación y después el otorgamiento del contrato. Pero como la licitación es un acto reglado, lo satisfactorio o no satisfactorio de una propuesta depende de que se ajuste o nó al pliego de cargos. De otra manera las autoridades recobrarían una discrecionalidad que, por los peligros que ofrece, la Ley la ha querido evitar. Es cierto que no pueden identificarse la situación jurídica del proponente y la del adjudicatario. Pero en las licitaciones públicas el acto dominante es la adjudicación, adquiriendo el carácter de acto subalterno el otorgamiento del documento contractual. Desde que la adjudicación se efectúa, la Administración manifiesta su decisión de celebrar el contrato, porque un acto genera el otro. "El contrato solo existe jurídicamente -dice Jéze, Tomo IV, pág. 113, Teoría General de los Contratos de la Administración, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950- cuando la autoridad pública competente ha tomado su decisión de celebrarlo, poniendo su firma y notificando su decisión al adjudicatario". (Sentencia de junio 27 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: FANAGRA LTDA. Indemnizaciones. Expediente No. 1455).

421

49. LIQUIDACION DE REVISION.

No hay lugar a élla, cuando el contribuyente lleva libros de contabilidad debidamente registrados y hay concordancia entre los asientos de contabilidad y los datos consignados en la declaración de renta. Para salvaguardar tanto los intereses del fisco como los del contribuyente la Dirección General de Impuestos Nacionales debe aclarar plenamente la situación antes de proceder a hacer liquidación de revisión. Si el contribuyente lleva contabilidad en los libros debidamente registrados y de acuerdo con las normas legales y si hay concordancia entre la declaración de renta y los asientos de contabilidad, no hay lugar a la liquidación de revisión. El dato o informe sacado de la declaración de renta de un tercero es apenas un testimonio que hay que entrar a examinar de acuerdo con las prácticas de la sana crítica. El constituyente y el legislador tienen prescrito a los funcionarios públicos encargados de las liquidaciones de impuestos que deben tener por norma que la aplicación de las leyes y decretos que regulan la materia debe estar presidida por un sobresaliente espíritu de equidad y que la administración de justicia debe ser

pronta y cumplida, esto es, conforme a los precisos términos que las leyes señalen para proferir los fallos y completa así en la expedición de las sentencias como en su ejecución. (Sentencia de 2 de mayo de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Casa Toro S.A. Impuestos. Expediente No. 2467).

464

O

50. ORDEN PUBLICO ECONOMICO.

Noción. Es verdad sabida que el Estado instituye un *orden*, con base en la estructura socio-económica que lo condiciona, tendiendo a la realización de un determinado régimen político. Desde el punto de vista institucional, la Constitución prescribe los principios esenciales que rigen la economía de un país que, como preceptos obligatorios y condicionantes de la actividad del Estado y de los particulares, constituyen el *orden público económico*. Este en la actualidad se tipifica esencialmente, sin perjuicio de las diferencias específicas, en los sistemas económicos capitalista, socialista e intervencionista, a saber: 1) El sistema capitalista, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en el provecho individual, *garantiza* el espontáneo desenvolvimiento de la economía de mercado, según sus propias leyes, especialmente el de la "eficacia óptima": se trata del Estado instituido para *permitir* y garantizar el libre juego de las fuerzas económicas; 2) El sistema socialista, que constituye la antítesis del primero, postula la propiedad colectiva de los medios de producción y el rendimiento, según la calidad y la cantidad de trabajo, como fuente del ingreso, en un marco o contexto de economía planificada y coincidente con el plan político: mientras en aquél la economía se desarrolla prevalentemente en un contexto institucional de derecho privado, en éste en uno de derecho público; 3) El sistema intervencionista o de economía dirigida se caracteriza porque el Estado, dentro de una estructura de economía capitalista, pseudo o pre-capitalista "ejerce una acción dinámica sobre los hechos económicos" (Bernard Chenot, Op. Cit., Pág. 19). El Estado "valoriza" así, mediante tendencias o políticas, enunciadas por la Constitución y desarrolladas por la Ley, la "eficacia óptima" de la economía, con su directa participación. De donde se sigue que todos los sistemas políticos instituyen un orden económico obligatorio y garantiza

do por el Estado; que todos definen la estructura económica fundamental del país; que en todas se dá la correlación esencial entre Derecho y Economía, característica del *orden público económico*, significativamente denominada por la doctrina alemana "constitución económica" (Alex Jacquemin y Guy Schrans, *Le' Droit Economique*, París, Presses Universitaires de France, Págs. 64 y 65). (Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 43, 47, 57, 58 y 59 del Indice).....

109

P

51. PARTIDOS POLITICOS.

Su necesidad para el funcionamiento de la democracia representativa. Su historia a través de las Constituciones. Representación. Conceptos de mayoría y minoría. Garantías de las minorías.

Todos los tratadistas de Derecho Público están acordes en afirmar que la democracia representativa requiere necesaria e inevitablemente la existencia de partidos políticos o lo que es lo mismo grupos de personas organizadas con el fin de ejercer o de influir en el poder del Estado para realizar total o parcialmente un programa político de carácter general. La historia patria enseña que conseguida la independencia nacional se formaron dos partidos políticos con un cuerpo de doctrina y principios de concepción del mundo, filosofía de la sociedad, ideas económicas y manera de organización y gobierno, partidos que alternativamente han llevado a las constituciones del Estado su programa, a tal punto que el eminente expositor y maestro don José María Samper ha dicho que la historia de nuestro derecho constitucional es la historia de nuestras revoluciones y de nuestros partidos, quienes manteniendo incólume la idea republicana lucharon en el siglo pasado por fijar la mayor o menor cantidad de poder, de la libertad o de la autoridad, de la fuerza individual o de la colectiva y unos y otros han perseguido y solicitado por diversos caminos, un ideal de bien público y de justicia, no obstante sus extravíos y sus excesos. Las constituciones expedidas en el siglo XIX no hicieron mención a esos partidos, no obstante que a través de ellos se obtenía la representación del pueblo en el gobierno de la Nación. Fue a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 1910 cuando se dispuso que los partidos estarían representados proporcionalmente en las corporaciones públicas, para lo cual el legislador adoptaría cualquier sistema

que garantizara esa representación proporcional y que podría ser el del voto incompleto o acumulativo o el del cociente electoral. El legislador adoptó primeramente el del voto incompleto, pero como no aseguraba la representación proporcional, fue cambiado por el del cociente electoral por la Leyes 31 de 1929, 7a. de 1932, 77 de 1937 y 39 de 1946; sistema que el Artículo 50 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 elevó a norma constitucional haciéndolo obligatorio cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, establece cómo se aplica y contempla un sistema especial cuando se trata de la elección de solo dos personas. A fin de que la representación proporcional funcione en la práctica la Ley colombiana tiene dispuesto que para toda elección popular es necesario inscribir las listas porque haya de sufragarse, en la que se hará mención expresa del partido político por el cual se inscribe y tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos harán ante el Alcalde bajo juramento la declaración de que son afiliados a ese partido, las papeletas de votación deben encabezarse con una inscripción en caracteres destacados en que se exprese el nombre del partido político tradicional por el cual se vota y al tiempo del escrutinio solo se toman en cuenta los votos emitidos a favor de las listas legalmente inscritas. (Leyes 7a. de 1932 y 39 de 1946 y Decreto 400 de 1957). Por el sistema de la representación proporcional se otorga a cada partido o grupo político un número de representantes que guarde relación con los votos obtenidos en elecciones exentas de fraude y de violencia y su propósito es que el parlamento o corporación pública sea una imagen del cuerpo electoral, un cuadro que represente a todos los elementos que integran la estructura del país en sus debidas proporciones. Verificadas las elecciones, hecho el escrutinio de los votos y adjudicados los puestos a cada partido en proporción a las veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos obtenidos por cada lista, queda definido el concepto de *mayoría* y de *minoría*, pues como lo dice Maurice Duverger la representación proporcional supone el escrutinio de lista, el único que permite atribuir escaños tanto a la mayoría como a la minoría. (Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, página 106). Esa minoría que es cualquier parte menor de los representantes que integran la corporación y cuya plataforma de acción gubernamental es distinta de la que sustenta la mayoría debe encontrarse en igualdad de condiciones con ésta para exponer sus ideas, criticar las de sus opo-

nentes y controlar en cierta medida los actos de los gobernantes. Al prescribir el constituyente colombiano de 1968 que las minorías deben tener participación en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular se propuso garantizar que todas tengan acceso al debate y sean tratadas con idéntico respeto a la mayoría, a fin de evitar que cualquier voluntad popular por grande que sea su número pretenda imponerse en el gobierno sin pasar antes por la prueba de la discusión abierta y razonada. (Sentencia de febrero 5 de 1974. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar T., con salvedad de voto de los Consejeros Drs. Alfonso Arango Henao, Juan Hernández Sáenz, Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez y Miguel Lleras Pizarro y aclaración de voto de los Consejeros Dres. Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández y Carlos Galindo Pinilla. Actor: Oscar Alberto Benavides. Juicio Electoral. Expediente No. 55). (Ver Nos. 25, 26 y 61 del Índice).

431

52. PATENTES, MARCAS, MODELOS Y DIBUJOS INDUSTRIALES.

Se declara sin efecto el auto de suspensión provisional de fecha 16 de octubre de 1973, del inciso 2o. del Artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 755 de 6 de mayo de 1972, en la parte que dice: "Los registros, renovaciones, prórrogas, traspa- sos. . . cambios de nombre, causarán por cada una de sus clases, derechos fiscales. . .". El Código de Comercio en el aspecto que ahora interesa reglamentó la materia de la propiedad industrial en cuanto hace a las condiciones y procedimientos para el reconocimiento de los derechos pero en ninguno de sus Artículos se refirió al aspecto fiscal. Cuando el Decreto 547 de 1951 suspendió, y hoy debe entenderse que derogó, algunos Artículos de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, tales normas se referían concretamente a la cuantía de los impuestos o derechos fiscales que en aquellas leyes estaban señalados y no a lo sustancial de la propiedad industrial. Esto último fue lo que modificó el código de comercio y por consiguiente aquellas leyes fueron sustituidas por la nueva pero no en lo tocante a los tributos porque esta no es materia complementaria sino accesoria del derecho para obtener privilegios por marcas, patentes, dibujos y modelos. Por tanto los llamados derechos fiscales de publicación e impuestos de timbre siguieron vigentes según lo estatuido por el citado

Decreto 547 de 1951, hoy modificado por el Decreto 284 de 1973, complementado por el 712 del mismo año. (Sentencia de febrero 28 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel LLeras Pizarro. Actor: Germán Gavelier. Acción de nulidad del inciso 2o., Artículo 9o. Decreto Reglamentario 755 de 1972, del Gobierno Nacional. Expediente No. 2395).....

56

53. PENSION DE JUBILACION.

Se liquida sobre lo devengado por el empleado o trabajador en el último año de servicios, así provenga de distintas Entidades. Las prestaciones sociales son resultado de los servicios que el empleado o trabajador presta al patrono o al Estado. En el caso *sub-judice* el demandante ha servido a distintas dependencias del Estado y de dicha relación empleado-Estado surge el derecho prestacional, sin que tal situación se modifique porque los servicios se hayan prestado a una o varias Entidades estatales. La Ley no distingue ni delimita el sueldo que debe tomarse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es decir, no establece que sólo lo percibido en un organismo o Entidad oficial pueda servir de base para liquidar dicha prestación. Por tanto, entendiendo el sentido general de la norma en cuanto dispone que la base de la pensión es lo devengado en el último año de servicios, bien puede tomarse en cuenta lo percibido en dicho lapso, así provenga de distintas Entidades, porque si al demandante se le permitió laborar en varias dependencias estatales, sin objeción alguna y remunerándole sus servicios en cada una de éstas, lógicamente, tales asignaciones, todas de carácter oficial, constituyen el valor de lo percibido en el último año de servicio. Cabría agregar que la remuneración de los Médicos cuando estos laboran por horas en diferentes Entidades, sin que sus servicios sean de tiempo completo, equivalga a percibir más de un estipendio durante la misma jornada, sino que por estar vinculados a distintas Instituciones con diversos horarios, cada una de ellas les paga el salario correspondiente a las horas trabajadas, pudiéndose así llegar a la conclusión de que se trata de una sola asignación cubierta por esos organismos, y teniendo derecho a que la pensión se reconozca y liquide con base en el sueldo total que hayan recibido durante el último año de su vinculación a tales Entidades. (Sentencia de mayo 15 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Ore-

juela Gómez. Actor: Hernando Afanador Cabrera. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 6110 dictada por el Ministerio de Defensa Nacional con fecha 5 de octubre de 1972. Expediente No. 800).

201

54. PENSIÓN VITALICIA.

A Expresidentes de la República. Concepto de Expresidente. El Designado que ha reemplazado al Presidente tiene la calidad de expresidente desde el momento mismo en que cesa en el ejercicio del encargo y, en consecuencia, desde ese instante es acreedor a la pensión. El sistema pensional a Expresidentes fue perfeccionado por la Ley 48 de 1962, la cual conserva la misma claridad en cuanto al título con el cual se haya ejercido el cargo, contempla dos alternativas: O quien fue Presidente de la República (por cualquier lapso y a cualquier título), ha completado veinte años al servicio del Estado y ha cumplido cincuenta años de edad. Tendrá derecho a pensión equivalente al setenta y cinco por ciento de su último sueldo mensual. O carece de cualquiera de estos requisitos. La Ley no distingue en cuanto a la magnitud cuantitativa del tiempo que falte para cumplir alguno de ellos. Luego ha desaparecido el lapso mínimo de ejercicio de la presidencia por seis meses, y entonces tiene derecho a pensión especial, en cuantía modificada por la Ley 48 de 1962. En el proceso evolutivo de la legislación sobre pensiones a expresidentes, desaparece primero el requisito de la carencia de recursos; se clarifica luego que es expresidente de la República quien haya ejercido el cargo a cualquier título y se va rebajando el tiempo de ejercicio hasta dejarlo en cualquier lapso, aunque con distinto régimen en la cuantificación de la pensión para quienes no hayan servido en otros cargos al Estado por veinte años. Es una pensión especialísima, de las que la doctrina llama "graciables" o "graciosas". Calificativo no muy afortunado, pues sugiere la idea errónea de que carece de título jurídico, y de que no constituye, al igual que las demás, un derecho adquirido para su beneficiario. El fundamento jurídico inmediato de este régimen especial se encuentra en el Artículo 62 de la C.N. que da soberanía a la Ley para determinar la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público. Y su razón de ser se basa en que quien encarnó un día siquiera la majestad de la Patria como Jefe de Estado, queda con especiales deberes de decoro en su vida privada, que se confunde con el decoro

nacional, y a ello debe atender el Tesoro Público. Aunque no se ha sugerido, no sobra advertir que este régimen especial no fue derogado por el Decreto Ley 3135 de 1968 que unifica el régimen prestacional de los servidores públicos nacionales, pues el Artículo 27 deja vigente lo que en leyes especiales se establezca, respecto a edad y tiempo de servicios. Sentado que el Designado que ha ejercido la presidencia de la República es sujeto pensionable como expresidente, lógico es concluir que tiene la calidad de expresidente desde que cesó en el ejercicio del encargo, y desde ese momento es acreedor a la pensión. No juega ningún papel la circunstancia de que siga ostentando la calidad de designado por no habersele vencido el período para que fue elegido como tal por el Congreso. Es cierto que la pensión de expresidente es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo remunerado, según la regla general del Artículo 64 de la C.N. Pero la investidura de designado, a partir de la reforma constitucional de 1945, no conlleva el ejercicio de ninguna función pública ni tiene asignación alguna del Tesoro Público; es apenas una vocación potencial en casos de faltas absolutas o temporales del titular, para asumir el cargo de Presidente de la República. No hay ninguna razón para interpretar la Ley pensional de expresidente en el sentido de que lleva implícita la condición suspensiva de expiración del período de la designación. Por el contrario, con este aplazamiento se violarían no solo el texto expreso de la Ley, sino la tecnología que la inspiró. Naturalmente, en el evento de asumir nuevamente la Presidencia el goce de la pensión quedaría interrumpido. (Concepto de febrero 8 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Mario Latorre Rueda. Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Publicación autorizada con oficio No. 2088 de 1974. Expediente 838).

16

55. PRIMA DE NAVIDAD.

No debe tenerse en cuenta lo devengado por horas extras para su liquidación. En primer término la Sala ha de tomar en consideración que la "Prima de Navidad" es una prestación especial propia del régimen laboral del sector público, es decir, de los servidores del Estado, distinta a la "prima de servicios", como la que se paga a los trabajadores particulares, para los cuales fue sustitutiva de la participación de utilidades o de la prima de beneficios, prevista en la anterior legislación, conforme lo declara

el Artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto establece una diferencia de naturaleza entre las dos prestaciones. De donde se deduce que la primera es, en cierto modo, una especie de bonificación excepcional no concedida exactamente en función de los servicios prestados, sino como un complemento anual de la retribución ordinaria y este fue realmente su origen. Es verdad que la prima de navidad se liquida en proporción al tiempo servido, tomando en cuenta las mensualidades completas en que se ha trabajado en el año y reconociendo las respectivas doceavas partes del sueldo, pero esto indica una vez más que se trata de una bonificación especial y no estrictamente de bonificación por servicios pues, si lo fuera se computaría todo el tiempo de los prestados, sin desechar los días o partes de mes que el Artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 excluye de la liquidación, a más de que entonces la Ley habría ordenado expresamente computar todas las modalidades de retribución de servicios en la base para liquidarla. En el sueldo de un funcionario público, de acuerdo con el Decreto 1912 de 1973, debemos tomar como constitutivos del mismo solo: a) el sueldo fijo, sueldo básico, sueldo de ingreso o asignación hecha para la categoría correspondiente al cargo o empleo que desempeñe aquél; b) adicionado con la prima de antigüedad, prescrita allí mismo, según el tiempo que lleve en el servicio, porque ésta es asignación permanente que se incorpora a aquella y que, a su vez, sirve de base para los futuros aumentos por el mismo concepto de prima de antigüedad; c) más la prima técnica, si le ha sido reconocida al empleado, y que también es permanente y corresponde a retribución de servicios que requieran una superior especialización; d) así como la parte del sueldo que se pague en especie, y e) los gastos de representación que son asignaciones hechas por la Ley en forma permanente, por razón de la posición que se ocupa, de la categoría del empleo y la dignidad y cargos que las funciones del mismo implican para su titular. No así lo devengado por horas extras que es elemento aleatorio, contingente, que puede presentarse o no, y que puede presentarse con incidencia variable para cada mensualidad y empleado. Lo contrario implicaría que para dos empleos de la misma categoría y también para dos empleados con el mismo sueldo básico y prima de antigüedad, podrían liquidarse primas de navidad diferentes, en razón de que uno de ellos prestó horas extras y el otro no o de que uno prestó más horas extras que el otro. Aplicación de la Ley que no parece conforme con la idea de

darles una compensación o bonificación por el tiempo de servicios prestados en el año, o sea, la continuidad en el servicio, más que por los servicios mismos. O sea, que la prima tiene en cuenta los factores objetivos o invariables del sueldo, vinculados al empleo, y no los subjetivos derivados de la situación o circunstancias personales del empleado. Igualmente, ha de anotarse que en el sistema de liquidación del trabajo extra va envuelta una compensación equitativa, ya que la liquidación y pago de las horas extras se hace a un salario mayor que el del trabajo ordinario, según las fórmulas que da el Código Sustantivo del Trabajo. Por lo cual, reconocer prima de navidad sobre la base de horas extras sería una especie de sobreremuneración de los mismos servicios que no tiene fundamento expreso en la Ley. (Concepto de junio 6 de 1974. Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada mediante oficio No. 245 de junio 10 de 1974. Expediente No. 884).

43

56. PROPIEDAD HORIZONTAL.

El Instituto de Crédito Territorial no puede ejercer en forma autónoma la dirección y administración del "Centro Urbano Antonio Nariño". Se declara nula la expresión "en forma autónoma" consignada en el Artículo 1o. del Decreto reglamentario 1234 de 1963. Lo dispuesto por el Artículo 3o. de la Ley 143 de 1959 en cuanto faculta al Instituto de Crédito Territorial para ejercer la dirección y administración del Centro Antonio Nariño, debe armonizarse con los ordenamientos generales existentes en materia de propiedad horizontal y, más concretamente, con los derechos que en favor de los coopropietarios establece la Ley 182 de 1948 en relación con su intervención en la administración de la propiedad horizontal, de suerte que las facultades otorgadas al Instituto no conllevan la extinción de toda ingerencia de los adjudicatarios en la administración del Centro en la cual éstos deben tener participación, así la dirección sea de cargo del Instituto. Por esto, el concepto de total autonomía consignado en la norma reglamentaria está reñido con la coogestión, mediante la ingerencia de los representantes de los coopropietarios en la administración y dirección del CUAN lo cual resulta de armonizar las normas de las Leyes 182 y 143 citadas, disposiciones que aparecen así quebrantadas por el texto reglamentario.

(Sentencia de mayo 17 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Roberto López Burbano. Acción de nulidad del Decreto Reglamentario No. 1234 de junio 4 de 1963. Expediente No. 2039).

77

R

57. RAMAS DEL PODER PUBLICO.

Y su colaboración armónica. Desarrollo del principio de la separación armónica entre las Ramas Legislativa y Ejecutiva. Los Reglamentos autónomos no tienen fuerza de Ley. (Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 43, 47, 50, 58 y 59 del Indice).

109

58. REGLAMENTOS AUTONOMOS.

Naturaleza, jerarquía y fuerza jurídicas de los Decretos dictados en ejercicio de la facultad de intervención a que se refiere el Artículo 120-14 C.N. (Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao, a la sentencia de 14 de junio de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: James W.F. Paisbeck y otros. Juicios Acumulados. Acción de nulidad de los Decretos 98 y 265 de 1973. Expediente No. 1932). (Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 43, 47, 50, 57 y 59 del Indice).

109

(Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao, a la sentencia de 14 de junio de 1974, en que fue Ponente el Consejero Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: James W. F. Raisbeck y otros. Juicios Acumulados. Acción de nulidad de los Decretos 98 y 265 de 1973. Expediente No. 1932). (Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 43, 47, 50, 57 y 59 del Indice).

109

59. REGLAMENTOS AUTONOMOS, JERARQUIA NORMATIVA Y FUNCION LEGISLATIVA

(Ver Nos. 13, 40, 41, 42, 43, 47, 50, 57 y 58 del Indice).

109

60. RETIRO POR DERECHO A PENSION.

No puede condicionarse el retiro del empleado que ha adquirido el derecho a la pensión, al reconocimiento de la misma, pues ello

sería fijar una condición no prevista en el Decreto que se pretendió reglamentar. Se decreta la nulidad del inciso 3o. del Artículo 86 del Decreto 1848 de 1969. “Ciertamente, a primera vista, en forma ostensible, manifiesta, sin necesidad de disquisiciones o argumentaciones en busca de una conclusión aparece que la norma reglamentaria acusada, ha fijado una condición no prevista en la norma que se reglamenta, como es la de aplazar el retiro del funcionario hasta tanto se decrete el reconocimiento de la pensión jubilatoria. Esto no podía hacerse, obviamente, sino en el Decreto Ley que se reglamenta, pero no en una simple norma reglamentaria. “Lo dicho se refiere al inciso tercero del Artículo 86 y no al 2o. que también está acusado. Este dispone “Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones”. En nada contradice lo transcrito, la norma que se reglamenta. En cambio el inciso 3o. si está excediendo en forma clara la disposición legal”. Se ha incurrido en un exceso en la potestad reglamentaria y por ende se ha violado el numeral 3o. del Artículo 120 de la Constitución Nacional y las normas que se reglamentaron y que fueron citadas como infringidas. (Sentencia de 4 de junio de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Dionisio Gómez Rodado. Acción de nulidad contra el inciso 3o. del Artículo 86 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969. Expediente No. 1501).

86

S

61. SEGUNDA INSTANCIA. – SENTENCIA DE MERITO

¿Puede dictarse sentencia de mérito cuando la decisión del inferior es inhibitoria? Una decisión de esta naturaleza, así se pronuncie al término del trámite de la primera instancia, no significa la culminación de ésta y, por consiguiente, el conocimiento del superior a virtud de su impugnación por la vía del recurso de alzada, no constituye la segunda instancia del proceso. En este caso la competencia del superior queda circunscrita al examen de los fundamentos de la decisión inhibitoria, para confirmarla o revocarla. Si lo primero, se produce una forma de terminación anormal del proceso; si lo segundo, habrá lugar a reanudación de su desarrollo para propiciar su culminación normal, mediante la sentencia de mérito. Por consiguiente, en la

hipótesis de no hallarse fundada la decisión inhibitoria procede su revocación, y por efecto de ella la secuencia del proceso debe continuar a partir del momento en que su curso normal experimentó la interrupción: vale decir, que estaría pendiente la culminación de la primera instancia mediante un pronunciamiento de mérito por parte del Tribunal de primera instancia, que abriría la posibilidad de la segunda instancia y con ella la ocasión para el Concejo de dictar sentencia de fondo. La adopción de un procedimiento diverso resulta contraria al principio de las dos instancias instituido en el C.C.A. para la mayor parte de los procesos y elevado a la categoría de principio general de derecho procesal por el Artículo 3o. del C. de P.C. Por consiguiente, al tenor de lo preceptuado en el Artículo 4o. ibídem, ese principio general debe ser guía y norte de interpretación de las instituciones procesales en cuanto garantía fundamental del debido proceso y del acierto judicial. En el presente caso no se plantea la hipótesis de la sentencia complementaria a que se refiere el Artículo 311 del C. de P.C. porque ésta supone una decisión de mérito aunque incompleta, pronunciada por el juez de primera instancia. Se le llama complementaria porque supone una materia complementable, vale decir una sentencia de mérito incompleta, en cuanto resolvió algunos extremos de la litis, pero omitió la resolución de otros; pero cuando hay absoluta sustracción de materia complementable, porque no se decidió en el fondo sobre ninguno de los extremos de la litis el Artículo 311 del C. de P.C. no es aplicable. (Aclaración de voto del Consejero Dr. Carlos Galindo Pinilla a la sentencia de febrero 5 de 1974 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en que fue Ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar T. Juicio Electoral. Actor: Oscar Alberto Benavides. Expediente No. 55). (Ver Nos. 25, 26 y 51 del Índice).

431

62. SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD.

Sus efectos no son equiparables a los de la derogación. Teoría de los efectos específicos de la sentencia de inexecutable. Teoría de la equipación de efectos entre la sentencia de inexecutable y la declaratoria de nulidad. Para la Sala es inaceptable la tesis conforme a la cual los efectos de la sentencia de inexecutable se equiparan a los de la derogación, por dos razones fundamentales: 1o.) Porque la Constitución le otorga a la Corte Suprema de Justicia la función de la guarda de la integridad de la Constitu-

ción, a título de potestad jurisdiccional y no como una facultad de normatividad general. El título correspondiente de la Carta se denomina jurisdicción constitucional y la institución se organiza sobre la base del concepto de acción y de un típico proceso jurisdiccional que, como es de rigor culmina con una sentencia cuyo contenido se limita a declarar, con efecto "erga omnes", la conformidad o inconvincencia de la norma con la Constitución, sin la posibilidad en el último caso de estatuir norma alguna en sustitución de la declarada inconvencible. 2o.) Porque la equiparación; conduce al absurdo jurídico del vacío normativo. En efecto: Si la Corte no puede dictar la norma en reemplazo de la declarada inconvencible y las normas derogadas no reviven sino en virtud de la reproducción completa de su texto en una nueva Ley, la consecuencia irremediable es que desaparece toda la normatividad atinente a la materia. Las restantes posiciones doctrinales sobre esta materia se reducen, prácticamente, a dos: La de quienes le confieren a la sentencia de inconvencibilidad unos efectos específicos, y la de quienes equiparan la inconvencibilidad con una declaratoria de nulidad. *Teoría de los efectos específicos de la sentencia de inconvencibilidad.* Inconvencibilidad significa etimológicamente lo que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto, ni cumplir ni ejecutar. Lo mismo que ejecutar procede del verbo latino *exequitor, exequi*. Por manera que cuando se produce una sentencia de tal naturaleza, se dispone que lo ejecutable hasta entonces no se pueda seguir ejecutando, en razón de haberse comprobado una contradicción con la norma fundamental. Antes de la sentencia el precepto podía ejecutarse porque en abstracto, debía considerársele acorde con la Constitución, no obstante que, en casos concretos y dentro del proceso de aplicación de las normas, el órgano público correspondiente puede declarar su inaplicabilidad, por vía de la llamada excepción de inconvencionalidad, (Artículo 215 C.N.); pero en tal hipótesis, la declaración tiene un efecto limitado al caso, por lo cual subsiste la presunción general de constitucionalidad, de la cual se deriva la continuidad de la vigencia del precepto a pesar de su no aplicación en un caso concreto. El fenómeno de la vigencia simultánea del precepto que intrínsecamente pueda adolecer de inconvencionalidad y de la norma de la Carta en contrario, no entraña contradicción del orden jurídico, ni quebranto de su unidad, como dice Kelsen, por la fuerza que le comunica la norma superior a la inferior en una especie de crédito general de conformidad con aquélla, al cual solo le puede

poner fin la sentencia de inexecutableidad, vale decir la decisión por la cual se dispone, que la segunda no pueda ser ejecutada ni aplicada en lo sucesivo, así sea en relación con situaciones surgidas o creadas bajo su vigencia. Los efectos de la inexecutableidad y de la derogatoria ofrecen diferencias sustanciales que no permiten ninguna equiparación: la norma derogada puede y debe ser aplicada con posterioridad a su derogación, en relación con situaciones creadas bajo su vigencia. En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexecutableidad es, más amplio que el de la derogatoria porque desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y por consiguiente, extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunicaba a la inferior, debe considerársela para lo *sucesivo*, como si no hubiese existido. Hacia el pasado y, por la razón antes apuntada, de la validez, que le comunica la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquella también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas *constituidas* y, en mayor medida, las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la "cosa juzgada". Los efectos de la declaratoria de inexecutableidad no son equiparables a la derogación —la Corte no puede ejercer la función normativa de derogar— sino de declarar absolutamente inexecutable e inaplicable el precepto constitucional, lo cual equivale a su extinción, con incidencia inmediata sobre el presente y proyección hacia el futuro, pero también con ciertos efectos sobre el pasado. Tal extinción no equivale a la derogatoria y, por lo tanto, no se le pueden aplicar los efectos que la Ley prevé en relación con la derogación, y en especial los señalados en el Artículo 14 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una Ley nueva. "Esta disposición es perfectamente lógica dentro del fenómeno de la derogatoria porque el órgano que deroga tiene la competencia normativa para llenar el vacío de la norma derogada, lo cual no ocurre con la Corte cuando declara la inexecutableidad. Por consiguiente a la extinción que se deriva de la inexecutableidad, dada su diferente naturaleza, no puede aplicársele la regla del Artículo 14 y en consecuencia es preciso aceptar que, a partir de la sentencia de inexecutableidad recobra vigencia la norma anterior, *pues ya no es posible darle ejecución ni aplicación al propio precepto derogatorio, contenido implícita o explícitamente en la norma que ha sido juzgada inexecutable. Este precepto derogatorio también se ha extinguido por ministerio de*

la inexecutable, de forma que hacia el futuro reviven automáticamente, las normas anteriores. La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexecutable no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexecutable, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa", de donde se deriva que la sentencia de inexecutable no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad. Los partidarios de la equiparación de efectos entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que "ab initio", se consideran contradictorios. *Teoría de la equiparación de efectos entre la sentencia de inexecutable y la declaratoria de nulidad.* La sentencia de inexecutable como la de nulidad hacen desaparecer el acto del mundo jurídico con un efecto absoluto hacia el futuro, de suerte que ha de reputársele como inexistente a partir del fallo. Hacia el pasado también debe reputársele como si no hubiere existido jamás, "mas como el acto inconstitucional ha podido producir efectos a pesar de que se le llame inexecutable, la sentencia que así lo declare debe, para ser consecuente con la verdad de los hechos y con los propósitos que con ella se persiguen, tener la misma generalidad que tendría una nueva Ley que consignase la disposición contraria a la inexecutable, ya que es imposible conseguir que no haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó (Estudio de Fernando Garavito citado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado Anales T. LXII números 387 a 391) "Cuando la desaparición del precepto tiene por base un fallo del órgano contraor de la integridad constitucional siendo éste declarativo en cuanto se limita a reconocer la existencia de un vicio nacido con la vigencia del acto demandado, sus efectos en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, con la excepción antes apuntada de

aquellos casos que hayan quedado cubiertos por el principio de la cosa juzgada" (Concepto del Consejo de Estado en referencia). (Sentencia de mayo 22 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Carlos Galindo Piñilla. Actor: José Raúl Noguera Solarte. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos: 144 de abril 26 de 1973 dictada por el Consejo Superior Universitario y 3 de enero 26 de 1971 proferida por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Expediente No. 2013). . . .

297

63. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA IMPOSITIVA.

Cuando lo que se pide es que se dé aplicación al Artículo 9o. de la Ley 8o. de 1970, en concordancia con el Artículo 36 de la Ley 63 de 1967, así habrá de tramitarse la solicitud, sin que haya necesidad de entrar a discutir acerca de si se trata de una acción de mera nulidad o de una de aquéllas llamadas de plena jurisdicción, una de cuyas especies es la de revisión de impuestos. Tanto la Ley 63 de 1967 como la 8a. de 1970 señalaron un plazo dentro del cual las oficinas de administración de impuestos nacionales pueden ejercer la competencia para resolver sobre los reclamos presentados por los contribuyentes respecto de las liquidaciones de sus impuestos de renta y complementarios. Vencido ese plazo la administración pierde competencia y la resolución se produce tácitamente de modo favorable a las peticiones del reclamante por ministerio de la Ley. Es pues la Ley la que resuelve sobre el reclamo y no la administración. Cuando ésta se pronuncia fuera del término ejerce competencia de que carece y por tanto el acto es nulo. La insistencia del demandante sobre la acción de nulidad aunque novedosa no es descabellada porque ella resultaría de la circunstancia ya anotada según la cual la administración pierde competencia para resolver y por tanto cuando lo hace fuera de tiempo incurre en abuso de poder. No obstante como la sola declaración de nulidad carecería de efectos prácticos es indispensable cuando la providencia se pronuncia por los tribunales que, después de verificado el hecho de la extemporaneidad de lo resuelto, se practique liquidación que esté conforme con las pretensiones presentadas ante la administración. Desde este punto de vista se asimila al juicio de revisión de impuestos aunque en realidad no haya revisión alguna. Con los documentos que hay en el expediente se dispone de suficiente información para dar trámite a la solicitud del deman-

dante sin necesidad de detenerse en la complicada discusión acerca de si se trata de una acción de mera nulidad o de una de aquellas llamadas de plena jurisdicción una de cuyas especies es la de revisión de impuestos. Lo que se pide es perfectamente claro y consiste en que se de aplicación al Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 en **concordancia** con el Artículo 36 de la Ley 63 de 1967 ambas relativas al silencio que los tratadistas llaman positivo de la administración. (Auto de enero 24 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro, con salvedad de voto del Consejero Dr. Bernardo Ortiz Anaya. Actor: Jorge Strauch Gómez. Impuestos. Expediente No. 2652).

457

64. SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

Forma como se cumple su vigilancia sobre las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de planes o programas de urbanización o construcción de viviendas, y las relacionadas con el otorgamiento de crédito para adquisición o construcción de las mismas. Infracciones y penas. Protección especial de los intereses de los ahorradores o eventuales beneficiarios. Según la Ley 66 de 1968 las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de planes o programas de urbanización o construcción de viviendas; cualquiera que sea el sistema adoptado; así como de las consistentes en el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas lo para la construcción de las mismas. está sujeta a la vigilancia del gobierno nacional que se cumple a través de la superintendencia bancaria y que exige dos condiciones: 1o. La inscripción del empresario ante la superintendencia para lo que ha de cumplir con todos los requisitos de que trata el Artículo 2o. y 2a. Que cada uno de los planes o programas que hayan de desarrollarse obtengan permiso especial y concreto del mismo superintendente. Hay dos clases de infracciones: la de ejecutar las actividades ya mencionadas cuando el empresario no está inscrito o ha vencido su inscripción, que debe renovarse cada año, o cuando ejerce tales actividades sin el permiso que en cada caso se requiere para cada urbanización o programa o plan. Las infracciones como tales tienen pena de prisión de dos a seis años por la falta de inscripción y de uno a cuatro años cuando existiendo la inscripción ésta no se halle vigente o se ejerzan las actividades sin el permiso concreto de que ya se ha hablado. Independientemente de las penas, el superintendente debe ejercer

versa, como dispone el Artículo 1o. del nuevo Código de Comercio, sino al régimen de las contribuciones de la Superintendencia de Sociedades, organizada actualmente por el Decreto-Ley No. 3163 de 1968. De ahí que el Artículo 267 *ibídem*, al determinar las funciones de la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades, alude a las otras que le corresponden según el mismo Código y "leyes especiales". Ciertamente que el Artículo 287 del Código de Comercio prescribe que "los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia de Sociedades se proveerán mediante la contribución que fije el Superintendente a las compañías, con la aprobación del Presidente de la República" y que ella "consistirá en un porcentaje que se calculará sobre el monto del activo de las sociedades sometidas a vigilancia, con base en el balance de su último ejercicio". Pero se trata, en el fondo, de una reiteración del precepto del Artículo 6o. de la Ley 58 de 1931, sin perjuicio de las exenciones establecidas, por el Artículo 24 *ibídem*, en atención a la finalidad o naturaleza de las sociedades a que se refiere. Esta interpretación armoniza con el régimen especial de las sociedades cuyas actividades, como las de suministro de energía eléctrica, fueron definidas por la Ley como "un servicio público fundamental", que debe prestarse con la cooperación de la Nación, los Departamentos y los Municipios (Artículo 1o. de la Ley 126 de 1938) y especialmente con el de las empresas industriales y comerciales de los mismos o de las entidades indirectas (Artículo 4o. del Decreto-Ley No. 3130 de 1968), cuya característica común consiste en estar constituidas, en su integridad, por capital público que debe invertirse en el objeto social para que fue destinado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades financie sus gastos de funcionamiento con el concurso o la contribución de las sociedades particulares, como dispuso el Artículo 6o. de la Ley 58 de 1931, reiterado en el fondo por el Artículo 287 del nuevo Código de Comercio. (Sentencia de marzo 1o. de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Interconexión Eléctrica S.A. "ISA". Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 1582 y 4863 de 1972, de la Superintendencia de Sociedades. Expediente No. 1920). . . .

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. (Ministerio de Educación Nacional). Consulta sobre si es imprescindible la firma del Contador de la sociedad para la certificación de balances a que se refiere el Artículo 290 del Código de Comercio. (Concepto de enero 31 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Mario Latorre Rueda. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 10541 de febrero 8 de 1974, por el Sr. Ministro consultante).
2. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Consulta sobre si el Designado que reemplace al Presidente de la República es sujeto pensionable y con qué requisito. (Concepto de febrero 8 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Mario Rodríguez Monsalve. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 2088 de 1974, por el Sr. Ministro consultante).
3. (Ministerio de Minas y Petróleos). Consulta sobre la naturaleza de los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comer-

- ciales del Estado. (Concepto de abril 4 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 01412 de junio 12 de 1974, por el Sr. Ministro consultante). 22-
4. (Ministerio de Desarrollo Económico). Consulta sobre si el control fiscal del Fondo de Promoción de Exportaciones (PROEXPO) corresponde a la Contraloría General de la República o a la Superintendencia Bancaria. (Concepto de mayo 3 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 467 de mayo 17 de 1974, por el Sr. Ministro consultante). 32
5. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Consulta sobre si el valor de las horas extras debe tenerse en cuenta para la liquidación de la prima de navidad. (Concepto de junio 6 de 1974. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 245 de junio 10 de 1974, por el Sr. Ministro consultante). 43

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el Artículo 16 del Decreto Reglamentario No. 1171 de 1973. (Sentencia de febrero 12 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla. Actor: Laboratorios Biológicos de Colombia Ltda.). 51
2. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el inciso 2o., Artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 755 de 1972. (Sentencia de febrero 28 de 1974. Sala de lo Contencioso

Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Germán Cavellier).....	56
3. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra el Decreto No. 678 de 1972. (Sentencia de mayo 6 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía).....	60
4. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario No. 1234 de 1963. (Sentencia de mayo 17 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Roberto López Burbano).	77
5. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra los Artículos 12 del Decreto Reglamentario No. 971 de 1970, y 11 del Decreto Reglamentario No. 1391, del mismo año. (Sentencia de mayo 17 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Jorge Dávila Hernández. Actor: Carlos Gustavo Arrieta Padilla).	80
6. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el inciso 3o. del Artículo 86 del Decreto Reglamentario No. 1848 de 1969. (Sentencia de junio 4 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Dionisio Gómez Rodado).	86
7. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario No. 360 de 1972. (Sentencia de junio 12 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Adiciones al voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro y salvamento de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Luis Fernando Lloreda).	91
8. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra los Decretos Nos. 98 y 265, ambos de 1973. (Sentencia de junio 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Salvamento de voto de los Consejeros Dres. Carlos Galindo Pinilla y Alfonso Arango Henao. Actor: James W. F. Raisbeck).	109

9. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario No. 1997 de 1973. (Sentencia de junio 20 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Cayetano Betancur). 185
10. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra los Artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario No. 1226 de 1973. (Sentencia de junio 17 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Hernán Moreno Pineda). 190

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Acción de nulidad contra el Artículo 2o. de la Resolución No. 5536 de 1973, originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Sentencia febrero 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar Tapieto. Actor: César Castro). 197
2. (Ministerio de Defensa Nacional). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 6110 de 1972, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional. (Sentencia de mayo 15 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Hernando Afanador Cabrera). 201
3. (Ministerio de Obras Públicas). Acción de plena jurisdicción contra el Artículo 5o. de la Resolución No. 3130 de 1970, del Ministerio de Obras Públicas. (Sentencia de mayo 20 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Pedro Pablo Beltrán M.). 206

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. (Caja Nacional de Previsión Social). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. RJ 6763 de 1972, de la Caja Nacional de Previsión Social. (Auto de enero 25 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Sustanciador Dr. Rafael Tafur Herrán. Actor: Antonio José Aragón). **215**
2. (Superintendencia Bancaria). Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 1367 y 1667 de 1972, del Superintendente Bancario. (Sentencia de febrero 7 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actores: Carlos Pacheco Devia y otro). **218**
3. (Dirección General de Aduanas). Acción de plena jurisdicción contra varias Resoluciones de la Dirección General de Aduanas. (Sentencia de febrero 7 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Industria Colombiana de Bicicletas). **235**
4. (Superintendencia de Sociedades). Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 1582 y 4863, ambas de 1972, expedidas por la Superintendencia de Sociedades. (Sentencia de marzo 1 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Interconexión Eléctrica S.A.). **241**
5. (Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá - C.A.R.-). Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 310 y 383, ambas de 1971, expedidas por la C.A.R. (Sentencia de marzo 8 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla. Actor: Ciudadela Industrial Tibitó S.A.). **249**
6. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad contra varios pasajes de la Circular No. 03 de 1973, expedida por el Director General de Impuestos Nacionales. (Sentencia de abril 4 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

- Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Rafael Mario Zapata T.). **275**
7. (Superintendencia Bancaria). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 2445 y 3104, ambas de 1972, del Superintendente Bancario. (Sentencia de abril 18 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Cooperativa de habitaciones de los empleados municipales de Cali Ltda.). **282**
8. (Universidad Nacional de Colombia). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 144 de 1973 del Consejo Superior Universitario, y 03 de 1971 del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. (Sentencia de mayo 22 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla. Actor: José Raúl Noguera Solarte). **297**
9. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad contra el oficio No. 17926 de 1973, del Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales. (Sentencia de junio 14 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Aclaración de voto del Consejero Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Sofasa S.A.). **306**

CAPITULO CUARTO

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Acción de nulidad contra el contrato celebrado entre el Ministerio de Educación Nacional y la Universidad Pedagógica Nacional para la administración de la Escuela Normal Superior Industrial Nacional de Zipaquirá. (Sentencia de febrero 25 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Actor: Andepet.). **319**
2. Acción de nulidad contra el contrato celebrado entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y la Hilton International Co. (Sentencia de marzo 14 de 1974. Sala de lo Contencioso

Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: César Castro).

324

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO UNICO



ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS
DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. (Gobernación del Magdalena). Acción de nulidad contra la Resolución No. 208 de 1966, del Gobernador del Magdalena. (Auto de marzo 7 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Osvaldo Abello Noguera. Actor: INCORA).

333

2. (Universidad del Cauca). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 12 de 1968, del Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca. (Sentencia de mayo 22 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Rafael Tafur Herrán. Salvamento de voto del Consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: César Dulcey Ledesma).

337

3. (Delegación Departamental del Estado Civil de Norte de Santander). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 016 de 1973 y 023 del mismo año, expedidas por la Delegación Departamental del Estado Civil de Norte de Santander. (Sentencia de agosto 10 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Nemésio Camacho Rodríguez. Actor: Victoria Tozcano de Mora).

374

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1. (Concejo Municipal de Bucaramanga). Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 106 de 1971, del Concejo de Bucaramanga. (Auto de marzo 20 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador Dr. Carlos Galindo Pinilla. Salvamento de voto de los Consejeros Dres. Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández. Actor: Alfonso Gómez Castaño). 381
2. (Concejo Municipal de Santa Marta). Acción de nulidad contra el Artículo 3o. del Acuerdo No. 21 de 1973, del Concejo de Santa Marta. (Auto de mayo 2 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Raúl H. Sánchez). 394
3. (Concejo Municipal de Pereira). Acción de nulidad contra varios Acuerdos expedidos por el Concejo de Pereira. (Sentencia de junio 11 de 1974. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Jorge Dávila Hernández. Salvamento de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Antonio Ocampo Ramos). 397

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS
DEL ORDEN MUNICIPAL

1. (Departamento de Valorización Municipal de Ibagué). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 38 de 1971, expedida por el Departamento de Valorización Municipal de Ibagué. (Sentencia de mayo 30 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Luis A. Lozano Silvestre). 409

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO UNICO

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. Responsabilidad del Distrito Especial de Bogotá, por no haber celebrado el contrato, después de haber adjudicado la licitación a la demandante. (Sentencia de junio 27 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: FANAGRA LTDA.). **421**

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

1. Nulidad de la elección de Mesa Directiva del Concejo Municipal de Acacias, realizada en sesión del 10. de noviembre de 1972. (Sentencia de febrero 5 de 1974. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Salvamento de voto de los Consejeros Dres. Alfonso Arango Henao. Juan Hernández Sáenz, Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portecarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez y Miguel Lleras Pizarro. Aclaración de voto de los Consejeros Dres. Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández y Carlos Galindo Pinilla. Actor: Oscar Benavides). **431**
2. Nulidad de la elección de Contralor y Sub Contralor, realizada por la Asamblea del Norte de Santander, el día 20 de noviembre de 1972. (Sentencia de febrero 11 de 1974. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Gabino Hernández Mejía). **446**

TITULO VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO UNICO

IMPUESTOS NACIONALES

1. (Impuesto sobre la renta y complementarios). Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la

- renta y complementarios por el año de 1968, practicada a Jorge Strauch Gómez. (Auto de enero 24 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro. Salvamento de voto del Consejero Dr. Bernardo Ortiz Amaya). 457
2. (Impuesto sobre la renta y complementarios). Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1958, practicada a la Sociedad Casa Toro S.A.). (Sentencia de mayo 2 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 464

TITULO VII

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO UNICO

EXCEPCIONES

1. Juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado por la Sección de Cobranzas y Ejecuciones de la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja contra Luis Eduardo Acosta Alvarez. (Sentencia abril 18 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz). 475

APENDICE

ASUNTOS VARIOS

1. Proposición aprobada por la Sala Plena del Consejo de Estado, el 2 de abril de 1974, por la cual se honra la memoria del Doctor Eduardo Santos. 481

INDICES

1. Indice Analítico Alfabético de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente Tomo. 485
2. Indice General. 567

**PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA**

*Esta obra fue impresa en los Talleres
Gráficos de la Penitenciaría Central
de Colombia.*

**(Una empresa editorial y humana al servicio
de la Rehabilitación del Recluso).**

