

36.  
REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES  
DEL  
CONSEJO DE ESTADO

*"Et dectmos que regla derecha es que todos los judgadores deben  
ayudar á la libertad, porque es amiga de la natura, que la aman  
non tan solamente los homes, mas aun todas las animalias".*  
(Las Siete Partidas: Partida VII. Título XXXIII. Ley XIII).

AÑO LI

TOMO XC

NUMEROS 449 y 450

PRIMER SEMESTRE

1 9 7 6

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

Dr. ANTONIO JOSE ARCINIEGAS A.

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO  
DE ESTADO

TOMO XC

AÑO LI

NUMEROS 449 Y 450

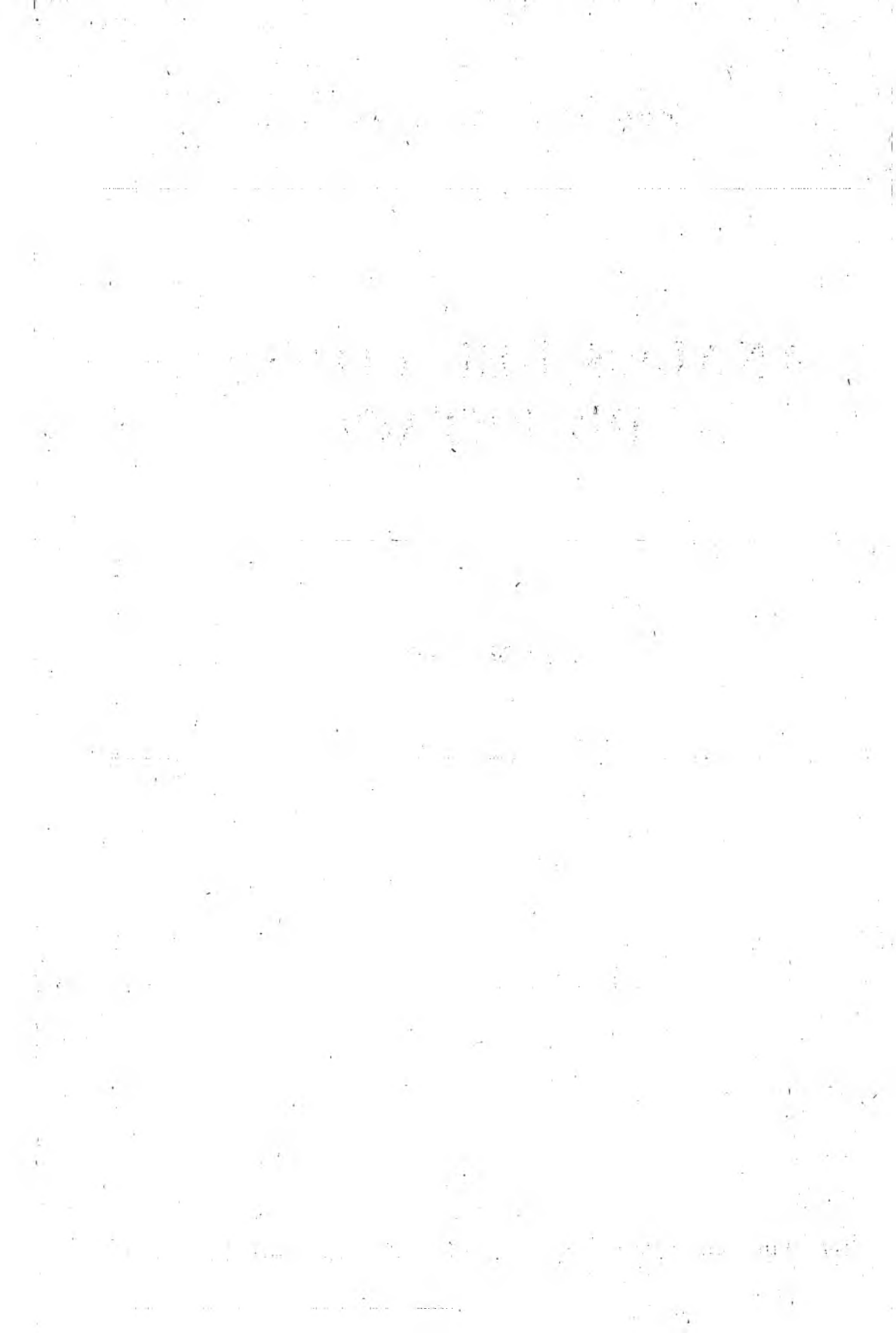
PRIMER SEMESTRE DE 1976

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ





# CONSEJO DE ESTADO

1976

## PRIMER SEMESTRE

### SALA PLENA

**Presidente:**

**Doctor Alfonso Arango Henao**

**Vicepresidente:**

**Doctor Jorge Dávila Hernández**

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**CONSEJEROS:**

#### SECCION PRIMERA

*Doctor Alvaro Pérez Vives*  
*Doctor Alfonso Arango Henao*  
*Doctor Carlos Galindo Pinilla*  
*Doctor Humberto Mora Osejo*

#### SECCION SEGUNDA

*Doctor Alvaro Orejuela Gómez*  
*Doctor Rafael Tafur Herrán*  
*Doctor Nemesio Camacho Rodríguez*  
*Doctor Ricardo Uribe Holguín*

#### SECCION TERCERA

*Doctor Gabriel Rojas Arbeláez*  
*Doctor Alfonso Castilla Sáiz*  
*Doctor Osvaldo Abello Noguera*  
*Doctor Carlos Portocarrero Mutis*  
*Doctor Jorge Valencia Arango*

#### SECCION CUARTA

*Doctor Bernardo Ortiz Amaya*  
*Doctor Miguel Lleras Pizarro*  
*Doctor Jorge Dávila Hernández*  
*Doctor Gustavo Salazar Tapiero*

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

**CONSEJEROS:**

*Doctor Samuel Arango Reyes*  
*Doctor Jaime Betancur Cuartas*  
*Doctor Mario Latorre Rueda*  
*Doctor Luis Carlos Sáchica*





## **FISCALIAS DEL CONSEJO DE ESTADO**

*Fiscal Primero:*

*Doctor Carlos Ramírez Arcila*

*Fiscal Segundo:*

*Doctor Gilberto Gartner P.*

*Fiscal Tercero:*

*Doctor Jorge Dangond Flórez*

*Fiscal Cuarto:*

*Doctora Aydee Anzola Linares*

### **RELATORES:**

*Doctor Camilo Vargas Ayala*

*Doctor Antonio José Arciniegas A.*

### **SECRETARIO GENERAL:**

*Doctor Alvaro Escobar H.*

**PRIMERA PARTE**  
**FUNCION CONSULTIVA**  
**TITULO UNICO**  
**CONSULTAS DEL GOBIERNO**

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHILOSOPHY DEPARTMENT

PH.D. THESIS

BY [Name]

## MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

**CONGRESO.— SUPERINTENDENCIA BANCARIA.—** Ni el Senado, ni la Cámara de Representantes, ni las comisiones de aquél y de ésta, ni los señores miembros del Congreso en particular, tienen facultad legal para consultar o conocer los informes que los delegados, inspectores o funcionarios de la Superintendencia Bancaria deben rendir al señor Superintendente, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Ley 45 de 1923.

**Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.—** Bogotá, D. E., cuatro de febrero de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Arango Reyes**).

En oficio de 19 de septiembre pasado, distinguido con el número 426, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a esta Sala la consulta que se transcribe a continuación con sus antecedentes y con las citas legales que el señor Ministro se dignó hacer para mejor entendimiento de la cuestión:

### **“I. Antecedentes**

“1º En comunicación de fecha 17 de septiembre de 1975, la honorable comisión tercera constitucional permanente de la Cámara de Representantes aprobó y envió a la Superintendencia Bancaria, entidad adscrita a este Ministerio, la siguiente proposición:

“‘Nómbrese una comisión para que visite a la Superintendencia Bancaria y se informe sobre las investigaciones o visitas adelantadas en relación con las actividades de las Juntas Directivas de los Bancos Panamericano y Popular, y se determine si alguno o varios de los miembros de dichas Juntas tienen inhabilidades para desempeñar tales cargos.’”

“2º Igualmente, mediante comunicación de fecha 17 de septiembre de 1975, un honorable senador envió a la Superintendencia Bancaria la siguiente nota:

“‘Con un grupo de senadores he tenido mucho interés por conocer los informes de visitas practicadas por su despacho a ciertos bancos y entidades financieras, que han logrado milagrosamente configurar poderosos grupos económicos, contra los cuales se pro-

nunció el actual Presidente de la República, durante su campaña electoral.

“‘Quisiera saber si usted nos puede proporcionar copias de tales informes o si es necesario que, mediante proposición aprobada por una de las comisiones del Senado, nos hagamos incluir en una comisión especial para revisar y tomar notas de tales informes en las oficinas de esa Superintendencia.’”

## “II. Consulta

“Ante la situación planteada en los puntos anteriores, se desea que la Sala de Consulta del honorable Consejo de Estado se digne precisar si tanto la Comisión Tercera de la Cámara como los honorables senadores de la República, tienen facultad legal para consultar los informes de visita que la Superintendencia lleva en relación con sus entidades vigiladas.

“La base de la anterior petición se encuentra en que, a pesar del muy buen ánimo que tiene la Superintendencia Bancaria de colaborar con el Congreso en todas las investigaciones que éste tenga a bien realizar y que se relacionen con sus actividades propias, existe la duda sobre la facultad de hacer conocer los informes de visita en la forma requerida, dado que el artículo 40 de la Ley 45 de 1923, ley que reglamenta la función presidencial contenida en el actual numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional, establece:

“‘Todo inspector debidamente nombrado y posesionado bajo juramento, cuando haya recibido para ello comisión del Superintendente, deberá sin demora revisar el establecimiento bancario designado en dicha comisión y rendir al Superintendente un informe jurado sobre el resultado de su examen.

“‘Todos los informes de los inspectores y agentes especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos.

“‘Cualquiera indiscreción cometida en este particular, por el Superintendente o por cualquiera de sus empleados y que redunde en perjuicio de tercero, se castigará por la primera vez con una multa de quinientos pesos, y la reincidencia con la pérdida del empleo, penas que serán aplicadas por el respectivo ministro del despacho.’”

“Por otra parte la calificación sobre la idoneidad de los miembros de las juntas directivas de las entidades vigiladas compete exclusivamente, de acuerdo a la misma ley, artículos 27, 92, 93, 95, al Superintendente Bancario.

“Asimismo, es necesario tener presente que los informes de la Superintendencia Bancaria versan sobre documentos privados de los comerciantes que de acuerdo con el artículo 38 de la Constitución Nacional, desarrollado en los artículos 62 y ss. del Código de Comercio, son reservados y sólo excepcionalmente pueden examinarse con las finalidades y en la forma expresamente establecida en la ley.

“De otra parte, la Cámara de Representantes tiene sus propias atribuciones señaladas en los artículos 102 y ss., de la Constitución Nacional, desarrolladas por varias leyes orgánicas de su funcionamiento, entre las cuales se hallan las que le facultan para solicitar informaciones a los distintos funcionarios sobre la marcha de las dependencias a su cargo.

“Por ello ha surgido la duda objeto de la presente consulta”.

Para responder al señor Ministro,

### La Sala considera

La Ley 45 de 1923, creó la Superintendencia Bancaria en los siguientes términos: “Artículo 19. Créase dependiente del Gobierno una sección bancaria encargada de la ejecución de las leyes que se relacionen con los bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República y todos los demás establecimientos que hagan negocios bancarios en Colombia. El jefe de dicha sección se llamará Superintendente Bancario”.

El artículo 20 autoriza al Superintendente para designar un primero y un segundo Superintendentes Delegados y para ocupar los amanuenses, inspectores, agentes especiales y los demás empleados que pueda necesitar para el desempeño cabal de su misión.

Entre otras funciones, la Ley 45 le señala al Superintendente Bancario las siguientes, en su artículo 39: “El Superintendente deberá visitar y examinar, personalmente o por medio de sus delegados o inspectores, por lo menos dos veces en cada año, y sin previo aviso al establecimiento que haya de visitar, el Banco de la República, todos los bancos comerciales nacionales o extranjeros, hipotecarios y cualesquiera otros de los establecimientos bancarios sujetos a las disposiciones de esta ley”.

“En cada uno de dichos exámenes se investigará la situación y recursos del establecimiento bancario, el monto y naturaleza de su encaje, cuentas con otros bancos en Colombia y en el exterior, la manera de dirigir y manejar sus negocios, la conducta de sus directores, la inversión de su fondos, la seguridad y prudencia de su manejo, la garantía ofrecida a aquellos a cuyo favor están constituidas sus obligaciones, si las prescripciones legales se han cumplido en la administración de sus negocios y las demás cuestiones que el Superintendente disponga averiguar. Este tendrá la facultad de hacer revisiones especiales o parciales, cuando a su juicio lo requiera el interés público”.

“Artículo 40. Todo inspector debidamente nombrado y posesionado bajo juramento, cuando haya recibido para ello comisión del Superintendente, deberá sin demora revisar el establecimiento bancario designado en dicha comisión, y rendir al Superintendente un informe jurado sobre el resultado de su examen. Todos los informes de los inspectores y agentes especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos”.

“Cualquiera indiscreción cometida en este particular por el Superintendente o por cualquiera de sus empleados y que redunde en per-

juicio de tercero, se castigará por la primera vez con una multa de quinientos pesos, y la reincidencia con la pérdida del empleo, penas que serán aplicadas por el respectivo ministro del despacho”.

La Superintendencia Bancaria es, pues, un organismo administrativo adscrito al Ministerio de Hacienda (antes Ministerio del Tesoro), a través del cual ejerce el Presidente de la República la intervención y la inspección necesarias sobre los establecimientos de crédito, que le asignan los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Que los establecimientos de crédito, que manejan, dentro de las finalidades que le son propias, cuantiosos intereses particulares, sean vigilados por el órgano ejecutivo del poder público, es apenas natural. Los reglamentos legales a los cuales esos organismos deben someterse, expedidos en defensa de los intereses a ellos confiados, deben cumplirse rigurosamente. Y esa es precisamente la misión que a la Superintendencia Bancaria corresponde, como delegataria del Jefe del Estado.

Es obvio que para el buen cumplimiento de ese encargo, el Superintendente debe conocer cabalmente el curso de los negocios de los bancos. Ese conocimiento lo obtiene por medio de los informes periódicos que debe solicitar a los establecimientos vigilados y, lo que es más importante, por medio de las visitas que en cualquier momento puede practicar a las instituciones de crédito, personalmente o a través de sus delegados o inspectores, que deben rendir al Superintendente las informaciones de que trata el artículo 40 de la Ley 45 de 1923, las cuales son reservadas por ministerio de la misma ley.

Y qué fundamento tiene esta reserva?

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, dice el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Es cierto que el derecho público moderno, contra las tendencias que prevalecieron a partir del siglo XVIII, ha venido rectificando su rígido individualismo inicial y no hace ya de la protección a la libertad y a los derechos fundamentales de la persona, la primera y principal finalidad del Estado. Se han sustituido aquellos conceptos por una concepción más amplia, que mira principalmente a la defensa social y limita cada vez más las prerrogativas individuales en beneficio de la comunidad. Pero también es cierto que esta última tendencia no ha prescindido totalmente, y acaso no pueda prescindir en absoluto, de la defensa, garantías, estímulo y reconocimiento de los derechos esenciales del individuo, célula y fundamento primero de la sociedad. La intervención del Estado en la actividad particular se acentúa día por día. Pero nuestro estatuto fundamental, que combina las dos tendencias, conserva como uno de sus fundamentos estructurales, una serie de garantías, libertades y prerrogativas individuales, no absolutas, pero sí categóricas y reales, que tienen vigencia permanente y para cuya efectividad y defensa están también instituidas las autoridades de la República, como atrás se vio: “...para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes...”. Y a esas garantías y prerrogativas individuales se refiere principalmente el título

III de la Constitución Nacional. Ahí se combinan las dos tendencias del derecho público moderno, de que antes se habló.

Para los fines que aquí interesan basta tener presente la disposición constitucional que garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y de las cartas y papeles privados (Art. 39), los cuales no podrán ser registrados sino mediante orden de autoridad competente.

Las visitas que a las instituciones bancarias puede y debe practicar regularmente el Superintendente Bancario, personalmente o por medio de sus delegados o inspectores, a fin de comprobar o verificar el cumplimiento que las instituciones vigiladas les están dando a los reglamentos expedidos por motivos de interés público y a los cuales aquéllas deben acomodar su actividad, implican necesariamente el conocimiento y examen minucioso de la contabilidad, de la correspondencia y de los demás papeles que constituyen el archivo del banco y que al tenor de los artículos 60 y ss., del Código de Comercio, son papeles y documentos reservados. Esta reserva, establecida por la legislación comercial, no es otra cosa que el desarrollo de principios consagrados en nuestra Constitución, como ya se vio.

Es obvio que si para ejercer cabalmente las funciones de inspección y vigilancia que los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución confieren al Presidente de la República en relación con los institutos bancarios, la Superintendencia Bancaria, a través de la cual cumple el Jefe del Estado aquellas funciones, ha sido autorizada por la ley para examinar la contabilidad y demás documentos relacionados con el curso de los negocios del banco, los informes producidos por los funcionarios de la Superintendencia también deben ser reservados, pues lo contrario dejaría sin vigencia alguna la reserva establecida en el Código de Comercio. Es por eso por lo que el artículo 40 de la Ley 45 de 1923 prohíbe terminantemente hacer públicos los documentos en cuestión, producidos como consecuencia de las visitas practicadas a los establecimientos bancarios.

Pero las garantías consagradas en la Constitución y desarrolladas en la ley, entre las cuales se encuentra la reserva de la contabilidad y demás papeles de los bancos, no son absolutas. Por lo que hace a esta última, ella cesa, por ejemplo, cuando se procede por el trámite judicial de la exhibición, reglamentado en los artículos 293 y ss., del Código de Procedimiento Civil.

Igual cosa puede ocurrir cuando se investiga la comisión de un delito, caso en el cual el funcionario investigador tiene acceso a los papeles privados amparados por la reserva, los cuales pueden llegar a hacerse públicos cuando las diligencias adelantadas por el investigador competente, reciben la calificación legal correspondiente, en virtud de la cual el proceso se convierte en causa pública.

En síntesis la reserva de la contabilidad y demás papeles privados de los comerciantes (y los bancos lo son por ministerio de claras disposiciones del Código de Comercio en su artículo 20), sólo cesa en los casos expresamente previstos en la ley (artículo 63 de la obra antecitada). De todo lo cual se infiere que la reserva establecida por la ley para las actas o informes que los funcionarios de la Superintendencia rindan al Superintendente en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley



45 de 1923, como consecuencia que es de la reserva establecida en las disposiciones del Código de Comercio que atrás se mencionaron, no puede levantarse sin violación de éstas.

Y aquí cabe preguntar: en ejercicio del derecho de petición que consagra el artículo 45 de la Constitución Nacional, podría cualquier persona solicitar de la Superintendencia información sobre el contenido de las actas de visita practicadas a los establecimientos bancarios? No, en modo alguno. Ni el artículo 45 de la Constitución, antecitado, ni el Decreto 2733 de 1959 que desarrolla ese principio, autorizan para ello. Es apenas obvio que si aquello fuera posible, la reserva desaparecería a petición de cualquier ciudadano. El derecho de petición sólo puede referirse a informaciones o datos sobre cuestiones que no sean reservadas de acuerdo con la Constitución o con la ley.

En cuanto se refiere a las comisiones del Senado y de la Cámara de Representantes y a los miembros del Congreso en particular, ni aquéllas ni éstos tienen facultades para conocer informes, datos o papeles que de acuerdo con la ley están amparados por la reserva, como es el caso de la contabilidad y demás documentos privados de los comerciantes.

En primer lugar, la ley tiene carácter general y obliga a todos, inclusive al Congreso y a quienes llevan la investidura de senadores o representantes. Y la reserva de que se trata ha sido establecida por la ley, como se ha dicho varias veces.

En segundo término, si a las informaciones de los delegados de la Superintendencia pudieran tener acceso las comisiones o los miembros del Congreso, podría preguntarse: en qué quedaría la reserva establecida por la ley para la contabilidad y demás documentos y papeles de los comerciantes?

Pero a las anteriores razones debe añadirse otra de carácter doctrinario, derivada del principio de separación de los poderes, consagrado en nuestra Constitución y que no es otra cosa que garantía contra el despotismo, al que conduciría fatalmente la reunión de todos los atributos del poder en un solo órgano de él y, como consecuencia y a la postre, en una sola persona. El régimen de derecho tiene en esa separación, uno de su pilares más firmes.

Los distintos órganos del poder público tienen en nuestra Carta fundamental perfectamente definido su campo de acción y determinados exactamente sus atribuciones o facultades y sus deberes. Y precisamente en virtud de esa separación y de esa delimitación de la órbita dentro de la que cada uno actúa, no le es posible a ninguno invadir el campo propio y natural de los otros. No parece necesario insistir en esta materia, según la cual el ejecutivo, el legislativo y el judicial, si bien deben obrar armónica y ordenadamente para la realización de los fines del Estado, ninguno de ellos puede arrogarse atribuciones o permitirse intervenciones que competen a uno cualquiera de los otros. El Presidente de la República, Jefe del Estado y el más alto funcionario de la Nación, no puede, por ejemplo, dictar sentencias o intervenir ante los funcionarios de la rama jurisdiccional a quienes les corresponde esa misión, para que profieran sus fallos en determinado sentido. Estos son lugares comunes en la ciencia del derecho público.

Sobre esta materia y en relación con las atribuciones de las comisiones del Congreso, se pronunció esta misma Sala con fecha 25 de febrero de 1974. De allá se transcriben a continuación algunos conceptos, de evidente importancia para el caso en estudio y que confirman lo antes dicho:

“Ahora, aunque la misma Constitución prescribe que los poderes del Estado colaboran armónicamente, hay zonas por decirlo así propias de cada uno de ellos en los que no pueden dentro de la Constitución y la ley, intervenir los otros poderes. Esto se ve claramente en relación con la rama jurisdiccional: en sus propios asuntos, en aquellos que le están reservados, a pesar de la importancia y prerrogativas del legislativo y del ejecutivo, no pueden estos poderes, para presentar un ejemplo concreto, intervenir en sus fallos. Esa sería una interferencia arbitraria. El legislador, en este campo también, dicta la ley y la obligación del juez es aplicarla. Si determinados jueces por sus hechos u omisiones violan la ley, el poder legislativo tiene un camino señalado, en último extremo, por la misma Constitución, pero no puede intervenir ni en el proceso ni en el fallo del juez. Lo mismo se aplica al ejecutivo: su función es gobernar dentro de la ley; la función del legislativo es dictar las pautas dentro de las que se debe gobernar, informarse cómo se está gobernando, pero no intervenir en la acción de gobernar porque ese no es su campo ni esas son sus atribuciones. Puede, obviamente, cambiar las pautas, o sea las leyes dentro de las que se debe gobernar, pero mientras ellas subsistan, es atribución del Gobierno actuar dentro de ellas sin interferencia de los otros poderes”.

Por lo que hace concretamente a las facultades de la comisión tercera, cabe observar lo siguiente: El artículo 6º de la Ley 17 de 1970 dice lo siguiente: “En cada una de las Cámaras funcionarán las siguientes comisiones constitucionales permanentes, encargadas de dar primer debate a los proyectos de ley referentes a los asuntos de su competencia”. Y el inciso cuarto del mismo artículo dice que la comisión tercera conocerá, entre otros asuntos, de los referentes a bancos, créditos y seguros.

Estas comisiones creadas con el laudable propósito de estudiar previamente las cuestiones que deben llevarse al debate público para convertirse en leyes, no tienen, como es apenas natural, dentro del principio de la separación de los poderes de que antes se habló, facultades de índole o naturaleza distinta de las que corresponden al cuerpo legislativo, de acuerdo con la Constitución Nacional. Se les ha encomendado simplemente, para ordenar el trabajo y lograr los mejores rendimientos por parte del cuerpo legislativo, una labor de estudio previo dentro de la función general que corresponde al cuerpo u organismo del cual hacen parte: adelantar el examen de ciertas cuestiones y trabajar en orden a la expedición de las leyes. Pero sus facultades no le permiten en ninguna circunstancia invadir campos o zonas propias de otros órganos del poder público.

Por otra parte, el ordinal 4º del artículo 78 de la Constitución Nacional les prohíbe al Congreso y a cada una de sus Cámaras “exigir al Gobierno comunicación de las instrucciones dadas a ministros, diplo-

máticos, o informes sobre negocios que tengan carácter reservado". Y aquí apunta la Sala: no puede remitirse a dudas, ni necesita explicaciones adicionales, que esta prohibición se extiende a las comisiones del Congreso y a cada uno de sus miembros en particular.

Por último, el ordinal 5º del artículo 118 de la Constitución dice que corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso, "dar a las Cámaras legislativas los informes que soliciten **sobre negocios que no demandan reserva**".

De modo que, de acuerdo con las disposiciones constitucionales —se entiende que por ministerio de la Constitución o de la ley— conservan ese carácter en relación con el Congreso y con cada una de sus Cámaras, lo mismo que con las comisiones y con los miembros de cada una de ellas. Y esto, en armonía con todo lo antes dicho, es apenas natural. No puede ser de otra manera sin que se viole el principio de la separación de los poderes y sin que pierdan su vigencia las disposiciones y garantías constitucionales que varias veces se han mencionado a lo largo de este estudio.

De acuerdo con todo lo anterior se contesta al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

Ni el honorable Senado, ni la honorable Cámara de Representantes, ni las comisiones de aquél y de ésta, ni los señores miembros del Congreso en particular (senadores y representantes), tienen facultad legal para consultar o conocer los informes que los delegados, inspectores o funcionarios de la Superintendencia Bancaria, deben rendir al señor Superintendente, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Ley 45 de 1923.

Queda absuelta en esta forma la consulta formulada a esta Sala por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese y transcribese.

*Samuel Arango Reyes*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Mario Latorre Rueda*, *Luis Carlos Sáchica*.

*Edné Cohen Daza*, Secretaria.

## DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL

**PRECIO.**— El máximo que puede pagarse en los negocios de compraventa de inmuebles por parte de las entidades públicas, es el correspondiente al avalúo practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

**Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.**— Bogotá, D. E., mayo veinte de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Arango Reyes**).

El señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en oficio de 13 de abril del presente año, distinguido con el número 00563, formula a esta Sala la siguiente consulta, repartida el 23 y al despacho del Consejero ponente el día 26 del mismo mes:

“Me permito consultar a esa honorable Sala, si el avalúo de bienes inmuebles practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para efectos de su adquisición por parte de establecimientos públicos, conforme a lo establecido por el artículo sexto del Decreto 2927 de 1954, era de carácter obligatorio e invariable, o si, por el contrario, sólo tenía el carácter de simple apreciación”.

Para resolver la cuestión propuesta por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, son suficientes, a juicio de la Sala, las siguientes brevísimas,

### Consideraciones

En primer lugar, el Decreto 2927 de 1954, dictado con base en las facultades de estado de sitio (Art. 121 de la C. N.), no dejó de regir al levantamiento de éste, porque la Ley 141 de 1961 adoptó “como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional, desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958, en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores”. De modo que el decreto en cuestión dejó de ser norma transitoria para convertirse en estatuto legal de carácter permanente en virtud de la Ley 141 de 1961, antes citada, mientras no fuera abolido o modificado posteriormente.

En concepto de la Sala, el avalúo a que se refiere el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, según el cual **“en todo caso será necesario, cuando se trate de compraventa de bienes inmuebles, el avalúo hecho por el Instituto Geográfico de Colombia Agustín Codazzi, era de carácter obligatorio.** Si así no fuera, tal disposición hubiera carecido de sentido y de finalidad práctica, para convertirse en simple recomendación, de muy dudoso acatamiento en la generalidad de los casos. Su obligatoriedad se explica fácilmente y se encaminaba a evitar que en la compra de inmuebles por parte de entidades públicas, pudieran llegar a estipularse precios convencionales muy por encima de los reales y justos en determinado momento, con grave perjuicio para los intereses públicos.

El Instituto Geográfico de Colombia Agustín Codazzi, es una institución eminentemente técnica, que es forzoso considerar libre de influencias o presiones que puedan desviar su criterio y hacerla caer en avalúos acomodaticios. Todos los factores que pueden influir en el avalúo de un inmueble, deben forzosamente ser tenidos en cuenta por una entidad de esa categoría científica y, por lo mismo, su concepto es una garantía tanto para la entidad pública como para el particular que negocien. Ese es el sentido de la disposición que se comenta y a juicio de la Sala y mientras ella estuvo vigente, los negocios de compraventa de inmuebles en que tuvo interés una entidad pública, debían someterse en cuanto a su precio máximo de compra, al avalúo dado por el Instituto.

Posteriormente, el artículo 120 del Decreto 1670 de 1976 estableció que “el precio máximo de compra de inmuebles será en todo caso el correspondiente al avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi”.

Por último el artículo 120 del Decreto 150 de 1976 dispuso que “el precio máximo de compra de inmuebles, será en todo caso el correspondiente al avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi”.

Como se ve, las disposiciones de los Decretos 1670 de 1976 y 150 de 1976 respecto al precio máximo que puede pagarse en los negocios de compraventa de inmuebles por parte de las entidades públicas, establecen que el precio es el correspondiente al avalúo practicado por el Instituto Geográfico varias veces mencionado. En sustancia, la misma disposición que sobre la materia estableció el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954. La expresión empleada por este último estatuto a saber: “en todo caso será necesario. . .”, no significa cosa distinta de que el precio de compra no podía ser superior al avalúo del Instituto. Si así no fuera, qué sentido tendría aquella frase? El avalúo será necesario, para qué? Para fijar el precio máximo de compra del bien materia del negocio, obviamente. De donde se concluye que así hubiere sido celebrado un negocio bajo la vigencia de esta última disposición, o se haya llevado a cabo bajo el régimen del Decreto 1670 o durante la vigencia del 150 de 1976 no podía ni puede pagarse precio superior al establecido como avalúo por el Instituto Codazzi.

Esa es la opinión de la Sala por lo que hace al alcance del artículo 6º del Decreto 2927 de 1954.

En los anteriores términos se deja absuelta la cuestión propuesta por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

*Samuel Arango Reyes*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Mario Latorre Rueda*, *Luis Carlos Sáchica*.

*Edné Cohen Daza*, Secretaria.

## MINISTERIO DE JUSTICIA

**ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.**— Creados por los concejos municipales, son de carácter municipal, su gerente es funcionario público municipal.

**FUNCIONARIOS PUBLICOS.**— Por regla general su nombramiento corresponde al órgano ejecutivo del poder público.

**GERENTES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS MUNICIPALES.**— Son funcionarios públicos municipales. Corresponde a los alcaldes su designación. Solamente con expresa autorización legal podría el concejo nombrar funcionarios distintos de personero y tesorero.

**Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.**— Bogotá, D. E., febrero once de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Arango Reyes**).

El señor Ministro de Justicia, en oficio de fecha dos del presente mes, recibiendo el cuatro en este despacho, ha hecho a esta Sala la siguiente consulta:

“El suscrito Ministro de Justicia, muy respetuosamente, consulta al honorable Consejo de Estado los siguientes puntos:

1º Son funcionarios públicos del orden municipal los gerentes de establecimientos públicos municipales, como entidades descentralizadas, con personería jurídica y autonomía administrativa, encargados de prestar servicios públicos tales como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, etc.?

2º En caso afirmativo, corresponde a los alcaldes, en su carácter de jefes de la administración municipal, designar tales gerentes?”

En orden a la absolución de estas cuestiones,

### La Sala considera

Las entidades territoriales de la República, es decir, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios o distritos municipales (artículo 5º de la Constitución Nacional), tienen sus bienes

y rentas propias y gozan, de acuerdo con el artículo 183 de la Carta fundamental, "de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupadas sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada". Este principio está consagrado también en los artículos 129 y 198 del Código de Régimen Político y Municipal. Y los artículos 182, inciso 2º, y 184 de la Constitución Nacional y 130 y 196 del Código citado inmediatamente antes, señalan los bienes pertenecientes a los departamentos y a los municipios.

Las entidades territoriales antes mencionadas tienen, en principio, autonomía para la administración y manejo de sus bienes y asuntos, dentro de las normas, limitaciones y condiciones que la Constitución y las leyes establecen y sin perjuicio de las intervenciones de otros organismos, que la misma Carta autoriza.

Con sus bienes propios, en desarrollo de la relativa autonomía de que disponen las entidades territoriales para el manejo de sus bienes y de acuerdo con la facultad expresa contenida en el artículo 197, ordinal 4º, de la Constitución Nacional, los concejos municipales pueden "crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley". Los organismos así creados por los concejos municipales tienen, a no dudarlo, carácter municipal, así como las entidades de aquella misma índole o naturaleza, creadas por el Congreso o por las asambleas departamentales en desarrollo de facultades constitucionales expresas (Art. 76, ordinales 9º y 10 y Art. 187, ordinal 6º), son nacionales o departamentales, respectivamente.

En el caso concreto de los establecimientos públicos creados por los concejos municipales con base en las atribuciones del ordinal 4º del artículo 197 de la Constitución, vale añadir, para clasificarlos desde el punto de vista de la entidad territorial a que pertenecen, y aun cuando parezca ello superfluo, que los concejos municipales son corporaciones administrativas que ejercen sus atribuciones exclusivamente dentro del respectivo distrito, sólo en cuanto se relaciona con el manejo de los bienes de éste y con la organización y estructuración de la administración municipal respectiva (Arts. 196 y 197 de la Constitución Nacional y 169 del Código de Régimen Político y Municipal) y no tienen ingerencia alguna en los asuntos de otros municipios.

Por otra parte, los organismos de que se viene tratando, así creados a iniciativa del alcalde, como dice la Constitución, lo son con recursos, bienes y rentas de propiedad del municipio, prestan servicios a los habitantes de éste dentro de esa comprensión territorial y se manejan o administran en armonía con los ordenamientos dictados por los concejos con base en sus atribuciones constitucionales y legales.

Por último, si la administración municipal comprende, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 141 del Código de Régimen Político y Municipal, todo lo relativo al manejo de los intereses del respectivo municipio, no puede remitirse a duda que los establecimientos públicos creados por el concejo municipal con base en el ordinal 4º del artículo 197 de la Constitución, son entidades que no por descentralizadas, con personería jurídica y con autonomía administrativa, dejan de ser municipales y caen o están comprendidas dentro del concepto general de administración del respectivo distrito. Son establecimientos públicos de carácter municipal.



Por otra parte, si el establecimiento público con personería jurídica y autonomía administrativa, ha sido creado por el concejo, a iniciativa del alcalde, o por éste en virtud de facultades otorgadas por aquél, y si esa organización implica obviamente la expedición, por parte de la entidad municipal que le dio vida, de reglamentos o normas para su cabal funcionamiento, lo mismo que la creación de los cargos o empleos que un organismo de ese tipo reclama, entre los cuales está el gerente que ha de llevar su representación y bajo cuya responsabilidad funciona ese organismo, no hay duda que ese gerente es funcionario público municipal: su cargo ha sido creado por el municipio, presta servicios en un establecimiento municipal, es designado por una entidad o autoridad municipal y es pagado con fondos o recursos de propiedad del municipio.

Demostrado, como parece estarlo, que los establecimientos públicos creados por los concejos municipales con base en el ordinal 4º del artículo 197 de la Constitución Nacional, son organismos de carácter municipal y que sus gerentes son funcionarios públicos municipales, resta averiguar, a la luz de la Constitución y de las leyes, a qué entidad o autoridad municipal compete el nombramiento de esos gerentes.

Por regla general, con las excepciones muy explicables y justificadas que más adelante se mencionarán, el nombramiento de los funcionarios públicos corresponde al órgano ejecutivo del poder. La función a éste asignada, vale decir, la de gobernar, lleva implícita esa atribución, pues no de otra manera puede concebirse el cabal ejercicio de la facultad que a dicho órgano corresponde por definición: no podría cumplirla plenamente si no le fuera permitido designar el personal de sus agentes, encargados de representar su autoridad, de ejecutar sus mandatos y de orientar la administración pública de acuerdo con sus programas y propósitos. El órgano legislativo del poder tiene, en líneas generales, la facultad de estructurar la administración, de dictar, de acuerdo con los principios consagrados en la Constitución, las normas legales a las cuales debe el Gobierno acomodar su gestión y desarrollar sus planes administrativos. La función de legislar no lleva aneja la de nombrar los empleados públicos, como sí la lleva la de ejecutar o gobernar. Esto como principio general.

Lo anterior, que parece obvio en el campo de la simple especulación, se comprueba fácilmente con la lectura de las disposiciones constitucionales que señalan las atribuciones del Congreso, de las asambleas y de los concejos municipales y las que fijan las facultades del Presidente de la República y de los gobernadores y las contenidas en el artículo 184 del Código de Régimen Político y Municipal, que enumera las de los alcaldes, agentes del gobernador y jefes de la administración municipal, según el artículo 201 de la Constitución. Por excepción están atribuidos ciertos nombramientos al órgano legislativo del poder: al Congreso los de Contralor General de la República y Procurador General de la Nación, por ejemplo; a los concejos municipales los de personeros y tesoreros, por ejemplo. Aparte de los que hacen las Cámaras legislativas, las asambleas y los concejos, de los empleados que esos cuerpos requieren para su cabal funcionamiento, lo que parece apenas obvio y no requiere explicaciones. Por lo demás, parece inútil, para los fines de este estudio, entrar en análisis detenido de la cuestión fundamental antes mencionada.

Pero sí es bueno observar que la atribución sistemática que le confiere la Constitución al órgano ejecutivo del poder para nombrar sus agentes y funcionarios o empleados de la administración no es, ni mucho menos, caprichosa o arbitraria. Ella obedece a principios de derecho público acogidos en nuestra Carta fundamental, como el de separación de los poderes, sólida garantía contra el despotismo y una de las bases de nuestra organización democrática y representativa. El campo de acción de los distintos órganos del poder público, lo mismo que las funciones de cada uno de ellos, están perfectamente delimitados en nuestra Constitución. Y la designación por el Congreso o por entidades como las asambleas y los concejos municipales, de los funcionarios que son agentes administrativos y representantes del Gobierno, implicaría en el fondo violación de aquel principio, crearía confusión y caos y haría casi imposible la acción ordenada del ejecutivo, que es responsable ante la Nación y ante el propio órgano legislativo, de la gestión que debe adelantar en cumplimiento de la Constitución y de las leyes. Para poder gobernar y responder por su acción, el órgano ejecutivo debe tener la facultad de nombrar sus agentes y demás funcionarios administrativos. Y la Carta se la ha dado, lógicamente.

Dentro de este orden de ideas, los concejos municipales carecen de facultad para designar funcionarios distintos de los tesoreros y personeros. El artículo 197 de la Constitución, que señala las atribuciones de aquellos organismos, dice en su ordinal 6º: “Elegir personeros y tesoreros municipales y **los demás funcionarios o empleados que la ley determine**”. (Art. 62 del acto legislativo N° 1 de 1969, que modificó el 197). Nada más sobre esta materia. Otro tanto cabe decir del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, que también señala atribuciones a los concejos: “Nombrar los jueces, tesoreros y personeros municipales”, dice el ordinal 3º del artículo 169 antes citado. Esas son las atribuciones de los concejos en cuanto a nombramientos y no pueden hacer otros sin violación de la Constitución y de la ley. El concejo no puede darse facultades de que carece en virtud de claras disposiciones constitucionales y legales. Sólo en el caso de expresa autorización legal, podría el concejo nombrar funcionarios distintos de personero y tesorero.

Y conviene anotar para mayor abundamiento, que el ordinal 3º del artículo 197 de la Constitución y el 4º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, les dan facultades a los concejos municipales para determinar las funciones de las dependencias de la administración y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos (Art. 197, ordinal 3º de la Constitución) y para crear empleos para el servicio municipal, señalarles sus atribuciones, duración y remuneración (Art. 169, ordinal 4º de la Ley 4ª de 1913), pero en parte alguna se faculta a aquellas entidades para designar a esos empleados o funcionarios.

Y aquí cabe preguntar, así sea superfluo de acuerdo con lo dicho antes: pueden los concejos municipales, al crear un establecimiento público según el numeral 4º del artículo 197 de la Constitución, arrogarse la facultad de designar a su gerente? En manera alguna. La Constitución y la ley son terminantes: los concejos no pueden designar sino personeros y tesoreros y los demás funcionarios o empleados que la ley determine. Si por un acuerdo del concejo pudiera éste atri-

buirse aquella facultad o asignarla a cualquiera otro funcionario, habría que convenir en que los actos que tal cosa dispusieran, tendrían fuerza de ley. En otras palabras: que los acuerdos de los concejos podrían en un momento dado modificar la Constitución y la ley. Y quién se atrevería a sostener tamaño despropósito? Las facultades de los concejos no se las otorgan ellos mismos. Se las confieren la Constitución y las leyes.

El artículo 201 de la Constitución dice que en todo municipio habrá un alcalde, que ejercerá las funciones de agente del gobernador y que será jefe de la administración municipal, conforme a las normas que la ley le señale. Y la administración municipal comprende todo lo relativo al ejercicio de las funciones de los empleados del municipio y al **manejo de los intereses de aquél**, según el inciso 2º del artículo 141 del Código de Régimen Político y Municipal.

Por otra parte, el artículo 184 de la misma obra, señala las atribuciones de los alcaldes y dice en su numeral 19: "Nombrar los empleados municipales, siempre que la designación no esté atribuida a otra autoridad". Atribuida a otra autoridad por la Constitución o por la ley, apunta la Sala, pues sólo éstas pueden conferir esas facultades.

Y aquí es procedente anotar que el Código de Régimen Político y Municipal le atribuye al alcalde la facultad de nombrar a los empleados de su oficina en el ordinal 6º del artículo 184. Y en otro ordinal del mismo artículo, el ordinal 19, lo faculta para nombrar **los empleados municipales**: es decir, todo el personal de la administración, con excepción de aquel cuya designación esté atribuida por la Constitución o por la ley, a otra autoridad.

Al alcalde como agente del ejecutivo y como jefe de la administración municipal, según la Constitución, corresponde el manejo de los intereses municipales (Art. 141, inciso 2º de la Ley 4ª de 1913) y nombra los empleados a través de los cuales maneja los intereses del distrito, como ya se vio. Y esto debe forzosamente ser así, porque ese es el criterio adoptado por nuestra Carta fundamental, como atrás se dijo, para la designación de los funcionarios y empleados del órgano ejecutivo del poder. Y podría el alcalde manejar cabalmente los intereses del distrito, como se lo manda la ley, y responder por ellos, si no tuviera facultad para designar el personal de la administración?

Finalmente, es obvio que tratándose, como se trata en el caso de la consulta del señor Ministro de Justicia, del gerente de un establecimiento público municipal, organizado con fondos o recursos municipales, creado por acuerdo del concejo municipal e incorporado a la administración distrital que está bajo la dirección y responsabilidad del alcalde y siendo ese gerente funcionario público municipal, como atrás se dijo, es obvio, se repite, que su designación corresponde al alcalde, ya que ese nombramiento no es atribución del concejo. Así la interpretación según la cual el numeral 19 del artículo 184 del Código de Régimen Político y Municipal faculta al alcalde para nombrar aquel gerente, es lógica y está en un todo de acuerdo con las circunstancias en que opera el establecimiento público en cuestión, con su carácter de organismo municipal, con la calidad de funcionario público municipal de ese gerente y con las atribuciones que al alcalde corresponden como

agente del ejecutivo y como jefe de la administración municipal. Ya se dijo: en principio, el nombramiento de todos los empleados, corresponde al alcalde. Sólo se exceptúan aquellos que por expresa disposición de la ley están atribuidos al concejo o a otra autoridad.

En este punto advierte la Sala que se echan menos las reglamentaciones legales de que trata la Constitución al autorizar la creación de los establecimientos públicos municipales de que se viene tratando, donde dice: "Artículo 197. Son atribuciones de los concejos **que ejercerán conforme a la ley**, las siguientes: 4ª crear, a iniciativa del alcalde, **los establecimientos públicos**, sociedades de economía mixta, y empresas industriales y comerciales, **conforme a las normas que determine la ley**".

Para terminar, parece oportuno mencionar que por sentencia de 27 de enero pasado, el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera), anuló los artículos 1º, 2º y 32 del acuerdo N° 3 de 1970 del Concejo Municipal de Pamplona (N. de Sant.), que adscribió a la Personería y a la Tesorería de ese distrito, algunos funcionarios municipales, como el administrador de la plaza de ferias, y atribuyó su nombramiento, en este último caso, al Tesorero Municipal. El Concejo Municipal carece de facultades para quitarle al alcalde sus atribuciones legales y para asignarles al personero y al tesorero nombramientos de empleados que debe nombrar el alcalde, de acuerdo con la ley.

Finalmente, la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia de 17 de julio de 1975, que declaró exequible el artículo 2º del Decreto-ley 3133 de 1968, dijo lo siguiente, que por varios conceptos es aplicable al caso en estudio y contribuye a aclarar la cuestión de que se viene tratando:

"La demanda sostiene que las juntas directivas tienen la atribución constitucional de nombrar los directores de los establecimientos mencionados. Debe afirmarse que ni en el texto constitucional 197, ni en ningún otro, aparece dicha facultad. Señalar la estructura de la administración es determinar como se dijo atrás los órganos de mando y sus funciones generales, pero dicha tarea no debe confundirse con la atribución del nombramiento y remoción de quienes constitucional y legalmente son agentes del poder ejecutivo. Por otra parte, unos son los representantes del alcalde en las juntas y sus directores que como agentes de aquél son de su nombramiento, y otros son los representantes del concejo en las mismas, los cuales pueden y deben ser elegidos por el mismo con arreglo al inciso 6º del artículo 197, y siempre que la ley los haya autorizado para ello. En este caso, tales representantes están previstos en los artículos 75, 76 y 77 del Decreto-ley orgánico del distrito, varias veces citado en este fallo. Pero de que tenga facultad legal para elegir los representantes o vigilantes suyos en las juntas, no puede inferirse que éstas elijan a quienes llevan la dirección y representación ejecutiva. Se hace indispensable repetir aquí que la atribución que la demanda pretende para las juntas directivas no se encuentra en el citado artículo 197-6, que se refiere exclusivamente a la capacidad de los concejos para elegir ciertos funcionarios, como el personero y el tesorero y los demás que la ley determine, ni en ningún otro texto de la Carta".

Todo lo anterior es suficiente para responder así al señor Ministro de Justicia:

1º Son funcionarios públicos del orden municipal los gerentes de establecimientos públicos municipales, como entidades descentralizadas, con personería jurídica y autonomía administrativa, encargadas de prestar servicios públicos tales como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, etc.

2º Corresponde a los alcaldes, en su carácter de jefes de la administración municipal, designar o nombrar esos gerentes.

Cópiese y transcribese al señor Ministro de Justicia.

*Samuel Arango Reyes*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Mario Latorre Rueda*, *Luis Carlos SÁCHICA*.

*Edné Cohen Daza*, Secretaria.

## DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL

**AUXILIO O SUBSIDIO PARA ALMUERZO.**— De los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos. Carácter de prestación social o de salario.

**Consejo de Estado.**— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y seis.

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

Ref.: Consulta. Radicación N° 1042.

El Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en comunicación del 4 de febrero de 1976, bajo el número 1228, consulta:

“Mediante Decreto 2477 de 1970, el Gobierno Nacional abrió un crédito adicional al presupuesto de rentas e ingresos y ley de apropiaciones para la vigencia de ese mismo año, tal y como se aprecia en los artículos 1° y 2° del preanotado decreto.

“En virtud del artículo 3° de la misma disposición se estableció un auxilio de almuerzo para los empleados públicos que prestaran sus servicios en los organismos en él señalados, para coadyuvarlos en la erogación que les implicaba tomar el refrigerio del medio día, en razón de la implantación de la jornada continua de trabajo en las dependencias públicas, emolumento equivalente a cinco pesos (\$ 5.00) por cada día laborable, suma que resulta hoy exigua por factores que no se escapan a la recepción de esa Sala.

“Podrán observar los señores Consejeros cómo dicho auxilio fue establecido mediante decreto ordinario. Sin embargo el Gobierno actual desea saber si la modificación del citado subsidio de alimentación puede seguirse realizando por esta vía, o si por el contrario es preciso acudir al Congreso de la República con el proyecto de ley correspondiente, o a solicitud de autorizaciones para ese particular.

“Igualmente se demanda de la Sala de Consulta, ilustración sobre la naturaleza misma del subsidio, en el sentido de determinar si es factor de remuneración o salario, o por el contrario se trata de una prestación social”.

Son dos las partes de esta consulta la primera versa sobre el procedimiento para modificar el "auxilio" o "subsidio" establecido por el Gobierno para los empleados públicos en el Decreto 2477 de 1970, y la otra sobre la naturaleza de dicha ayuda, determinando si es salario, factor de salario, o prestación social.

En ese orden será absuelta, así:

I. a) **Origen del auxilio.** En el Decreto 2477 de 1970, "por el cual se abre un crédito adicional al presupuesto de rentas e ingresos y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1970 (Departamento Administrativo del Servicio Civil), por \$ 10.491.600.00 y se dicta una disposición", después de invocar de modo general las "facultades legales" del Presidente de la República y, especialmente, la del numeral 2º del artículo 56 de la Ley 11 de 1969 para reajustar los estimativos de las rentas y abrir las correspondientes apropiaciones para gastos, se considera:

"Que el Gobierno Nacional estima necesario y conveniente dar un aporte de \$ 10.491.600.00 al Fondo Nacional de Bienestar Social, creado por el Decreto-ley número 3075 de 1968, adscrito al Departamento Administrativo del Servicio Civil, como persona jurídica, encargada de administrar los recursos económicos y financieros destinados a los programas de bienestar social, dentro de los cuales se destaca el de "coordinar y promover toda clase de actividades tendientes al bienestar social de los servidores públicos y de sus familias, con el objeto de subsidiar a los empleados de aquellas entidades que no han podido hacerlo, a fin de ayudarlos con parte del valor del almuerzo que les demanda el implantamiento de la jornada continua de trabajo".

Con base en tales facultades y consideraciones en los artículos 3º y 4º el decreto dispuso:

"Artículo 3º A partir del 1º de enero de 1971 el Fondo Nacional de Bienestar Social subsidiará a los funcionarios de los Departamentos Administrativos de la Presidencia de la República, Seguridad Social y Servicio Civil y de los Ministerios de Gobierno, Relaciones Exteriores, Justicia, Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social, Salud Pública, Desarrollo Económico, Minas y Petróleos, Educación Nacional, Comunicaciones, Procuraduría General de la Nación, Superintendencias de Control de Cambios y Cooperativas y de la Contraloría General de la República, residentes en Bogotá y cuya asignación mensual sea inferior a \$ 5.000.00, con la cantidad de \$ 5.00 por cada día laborable del mes, **como auxilio para el almuerzo** que les demanda la implantación de la jornada continua de trabajo (subraya la Sala).

"Artículo 4º El Fondo Nacional de Bienestar Social podrá convenir con las entidades a que se refiere el artículo anterior la forma de pagar mensual y regularmente **este auxilio**" (subrayado de la Sala).

b) **Competencia para modificar la cuantía del auxilio.** De otra parte, en la Constitución Nacional se prescribe:

1. En el numeral 9º del artículo 76:

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

“9º Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales” (subraya la Sala).

En el ordinal 21 del artículo 120:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa...

“21. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales” (subraya la Sala).

Disposiciones de las que resulta que, en la redistribución de competencias entre las ramas legislativa y ejecutiva hecha en la reforma constitucional de 1968, a la primera corresponde fijar mediante ley y, por tanto, por vía general, impersonal y abstracta, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y señalar el régimen de prestaciones sociales de los empleados de dichos organismos, y al Gobierno determinar en concreto, individualizándolas, las dotaciones de los empleos que cree o refunda, dentro del marco de la respectiva ley sin exceder el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

De modo que, en principio, la competencia para determinar el sistema de remuneración y de prestaciones de los empleados de los organismos nombrados, es legislativa y pertenece al Congreso.

c) El sistema vigente de remuneración de los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, consta en el Decreto 1912 de 1973, dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Presidente de la República, de acuerdo con la Ley 2ª de 1973. Este decreto derogó el 2285 de 1968 que establecía el anterior sistema de remuneración, decreto que también fue expedido en ejercicio de facultades extraordinarias dadas por la Ley 65 de 1967.

Igual fenómeno se presenta con el Decreto 3135 de 1968 que regula el régimen prestacional de los empleados de que aquí se trata, pues fue dictado con fundamento en las mismas facultades extraordinarias de la ley últimamente citada.

Con esto se confirma que, si entonces se consideró necesario este procedimiento especial de habilitación o delegación legislativa, es porque la competencia en los campos salarial y prestacional es del Congreso. Y es apenas natural que así sea, porque se trata del reconocimiento, definición y regulación de derechos, materia que no es de carácter administrativo y el desarrollo de cuyos principios constitucionales ha de



corresponder directamente al legislador, según el principio de la separación de poderes.

d) Así lo dijo también el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 10 de agosto de 1974, con estas palabras: "... porque el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden nacional de la administración tanto centralizada como descentralizada, sólo puede ser fijado por el Congreso o por el Presidente de la República en uso de atribuciones específicas otorgadas por aquél...".

En consecuencia, la Sala, para responder a la primera pregunta de ese Departamento Administrativo, trátase de salario, factor de salario, o prestación social, cuestión que se aclarará luego, sostiene que el establecimiento y, por tanto, la modificación del auxilio o subsidio para almuerzo de los empleados públicos de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos en donde se trabaja en jornada continua, sólo puede hacerse por la vía legislativa, ya sea presentando el correspondiente proyecto de ley, o mediante la concesión de facultades extraordinarias con las cuales revista el Congreso al Presidente como legislador extraordinario. Un decreto ordinario carecería en esta materia de todo fundamento constitucional y legal.

II. En cuanto a la segunda parte de la consulta, la Sala estima:

1º El subsidio para almuerzo aquí considerado no está previsto en el Decreto 3135 de 1968 que establece el régimen de las prestaciones sociales de empleados públicos y trabajadores oficiales.

2º El Decreto 1912 de 1973 que estatuye el sistema de remuneración de los empleados de ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, tampoco prevé este auxilio. Únicamente, en el artículo 7º, inciso 3º, admite que puede pagarse parte del sueldo en especie, hasta por un 10% del sueldo básico, y consagra el principio de que "para efectos de cesantía y demás prestaciones sociales, lo mismo que para regular los aportes del empleado a los institutos de previsión, se tomará en cuenta el **sueldo completo**", o sea, computando la parte pagada en especie.

Pero si la cuestión en estudio no está determinada ni en el estatuto prestacional ni en el salarial, en cambio, encontramos lo siguiente:

a) En el Código Sustantivo del Trabajo al definir el concepto de "salario", equivalente al de "sueldo" en el sector público, el artículo 127 dice que lo constituyen no sólo la remuneración fija u ordinaria, "**sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopté". es decir, todo lo pagado como contraprestación del trabajo. A su vez, no son salario, según el artículo 170 del mismo Código, las sumas pagadas ocasionalmente, **por mera liberalidad**, "y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes";

b) El salario en especie está definido por el artículo 129 de tal Código y comprende "**la alimentación, habitación o vestido que el pa-**

trono suministra al trabajador o a su familia, **como parte de la retribución ordinaria del servicio**";

c) El artículo 2º de la Ley 5ª de 1969, para efectos del aumento de pensiones de jubilación ordenado por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, entiende por "asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc...";

d) Como se vio en el primer punto de la consulta, en las consideraciones del Decreto 2477 de 1970 entran los conceptos de "bienestar social", "subsidio" y "auxilio", al calificar la autorización que se da para ayudar al pago de los almuerzos de quienes laboran en jornada continua;

e) La Corte Suprema de Justicia, en fallo del 15 de diciembre de 1970, de la Sala de Casación Laboral, afirma: "**Si el suministro gratuito de alimentación constituye por definición legal, salario en especie**, no se ve por qué el suministro de alimentación a bajo precio no lo ha de constituir en cuanto ese precio menor favorece económicamente al asalariado" (Gaceta Judicial, tomo CXXXVI, Nos. 2334, 2335 y 2336, Pág. 539);

f) En sentencia de este Consejo, Sección Segunda, fechada el 18 de septiembre de 1974, se afirmó al resolver sobre un reajuste pensional que, para este efecto, "no sólo ha de tenerse en cuenta el sueldo básico para el cargo en 23 de abril de 1966, sino también todos aquellos factores salariales como son la prima de Navidad, **prima de alimentación** y subsidio de transporte, etc...";

g) Guillermo Cabanellas, al referirse al concepto de salario dice que es: "Cuando reciba el trabajador, con motivo de la prestación de sus servicios y por razón de ellos, sea dinero efectivo u otra retribución... y se traduzca en beneficio material". Y al precisar más los elementos del salario, o sus factores, y hablar de "**salario invisible**" y de "**salario indirecto**" incluye en la enumeración de los suministros que los constituyen el de alimentación gratuita, en coincidencia con el criterio de la Corte Suprema de que se ha hecho mención. ("Compendio de derecho laboral", tomo I, Págs. 579, 580 y 581); y

h) Finalmente, habiendo duda sobre las disposiciones aplicables, debe apelarse, cree la Sala, al principio de favorabilidad consignado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en provecho del trabajador.

Por lo visto, parece a la Sala que, no estando clasificado legalmente como prestación social el pago de los almuerzos a que se refiere la consulta, tiene el carácter de retribución de servicios en especie, esto es, salario o sueldo, no obstante que pudiera pensarse que se trata de un suministro de alimentación hecho por el patrono para facilitar el cumplimiento de la obligación laboral. Porque, en verdad, no puede equiparse al pago de gastos de representación, o de gastos de transporte, o al suministro de equipo de trabajo, sino a una compensación que tiene relación directa con la continuidad del servicio en la jornada laboral, o sea, con el servicio prestado bajo esa modalidad u

horario. Además, si fuera prestación sería común o general a todos los empleados, laboren o no en jornada continua.

En los anteriores términos se absuelve la consulta y se dispone comunicarlo así al señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

*Samuel Arango Reyes, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda, Luis Carlos SÁCHICA.*

*Edné Cohen Daza, Secretaria.*

## MINISTERIO DE AGRICULTURA

### **BANCOS OFICIALES Y SEMIOFICIALES.— Régimen laboral de sus servidores.**

**Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.—** Bogotá, D. E., marzo primero de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Mario Latorre Rueda**).

El Ministro de Agricultura formula la siguiente consulta:

“De la manera más atenta me dirijo a ustedes, con el fin de conocer su criterio acerca de la aplicabilidad o no de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 95 de 1946, con respecto a los trabajadores oficiales de los bancos oficiales.

“Se fundamenta la duda en las siguientes consideraciones: El artículo 8º de la Ley 95 de 1946 dice: **“Los empleados de los bancos, al cumplir veinte (20) años de servicio continuo, cualquiera que fuere su edad, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicios”**.

“Tendrán derecho esos empleados a servicio médico y hospitalario en caso de enfermedad, costado por los respectivos establecimientos bancarios”.

“Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 491 dispone: “Desde la fecha en que principie la vigencia de este Código, quedan suspendidas todas las leyes, decretos, resoluciones y demás preceptos anteriores de carácter nacional, reguladores de las materias contempladas en este Código, en cuanto han venido rigiendo los derechos individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares y los del derecho colectivo de trabajo entre la administración pública y sus servidores”.

“Quiere decir lo anterior, que a partir del 1º de enero de 1951 (fecha de vigencia del C. S: del T.) quedó suspendida la vigencia de la Ley 95 de 1946. Esto es absolutamente claro con respecto a los trabajadores particulares, pero no con respecto a los trabajadores oficiales, por cuanto a estos últimos no son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo, parte individual, tal

como lo establece el artículo 492 al decir: "Quedan vigentes las normas que regulan el salario mínimo, el seguro social obligatorio, y el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales".

De otra parte, es posible pensar que el Código Sustantivo del Trabajo suspendió la vigencia de la Ley 95, por ser una excepción aplicable a la actividad propia de los empleados bancarios, sin distinguir el sector al cual prestan sus servicios".

En relación a la anterior consulta se observa:

Según el Decreto extraordinario 322 de 1957, artículo 3º, se entiende que un banco es oficial o semioficial cuando un veinte por ciento (20%) o más de su capital proviene del Tesoro Público o de aportes de cualquier entidad oficial o semioficial o establecimiento público o fondo cuyo patrimonio provenga de impuestos o exenciones fiscales; también tiene el mismo carácter cuando uno o más de sus directores o el gerente hayan sido designados por el Gobierno o por una de las entidades que se acaban de mencionar.

El Decreto 3130 de 1968, artículo 1º, determinó que los institutos, entidades o empresas oficiales o semioficiales son de tres categorías: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Y el Decreto 1050 de 1968, artículos 5º, 6º y 8º, precisó las características de cada uno de estos entes y definió las reglas de derecho, público o privado, a las que deben conformarse.

De otra parte el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 5º y aunque hay modificaciones posteriores, ellas no son esenciales, define que quienes prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos (salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales), y que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, pero agregó que en los estatutos de dichas empresas se precisará qué actividades, por ser de dirección y confianza, deben ser desempeñadas por empleados.

Debe tenerse en cuenta que según el artículo 3º del Decreto 3130, las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital se someten al régimen previsto para las empresas del Estado, cuestión que abarca la naturaleza de sus servidores.

Lo anterior debe relacionarse con el Decreto 3135 de 1968 que regula el régimen prestacional de los empleados y trabajadores oficiales.

En principio, por tanto, y en resumen: debe definirse la naturaleza de la entidad de que se trate —una entidad bancaria si es el caso— para de ahí determinar si sus servidores son empleados o trabajadores oficiales, y si lo son su régimen prestacional es el establecido por el Decreto 3135 de 1968, que es la legislación vigente, y no otra, como sería el caso de la ley 95 de 1946 citada en la consulta, naturalmente salvo los derechos adquiridos.

Por lo tanto también en principio igualmente, determinándose la naturaleza de la entidad —un establecimiento bancario oficial o semioficial si es el caso— y si ésta es una sociedad de economía mixta en la que por no tener el Estado el 90% o más de su capital no se rige por el régimen de las empresas como se ha especificado, su régimen es el del derecho privado, sus trabajadores son trabajadores privados y su regulación en esta materia es la del Código del Trabajo.

En uno y otro caso se ha establecido el régimen que regula esta cuestión en principio, ya que tratándose por ejemplo de un banco oficial o semioficial deben tenerse en cuenta tanto la ley o leyes que crearon la entidad o que han sido dictadas con posterioridad y de ahí y de acuerdo con ellas las normas que la regulan como los estatutos o reglamentos, que pueden establecer excepciones en particular para alguna o algunas de ellas en este campo, y si se trata de sociedades de economía mixta en las que el Estado no tenga el 90% de su capital, las normas del Código del Trabajo y los convenios sobre cuestiones laborales, para poder determinar en cada caso el régimen de sus servidores.

En síntesis, debe estudiarse cada entidad, determinarse su naturaleza y de ahí el régimen de sus servidores en cada una de ellas.

A manera de ejemplo se cita:

Banco de la República: fue considerado como “ente perteneciente al sector público”, como “una sociedad de economía mixta con participación estatal mayoritaria”, y “los servidores del Banco (...) son trabajadores oficiales, en tanto su régimen laboral es de derecho privado y, en consecuencia, su relación no es la legal y reglamentaria correspondiente a los empleados públicos sino la contractual y convencional”. (Consulta N° 1030, febrero 11 de 1976).

Banco Central Hipotecario: “(...) ha sido desde su fundación hasta el presente una sociedad de economía mixta del orden nacional, de carácter indirecto (...)”. “Como consecuencia de la naturaleza de la institución, así precisada, sus trabajadores han sido y son de la categoría de los oficiales. En los estatutos del Banco debe precisarse qué actividades de dirección y confianza han de ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos (...)”. (Consulta N° 946, mayo 6 de 1975).

Banco Popular: “Demostrado como está, pues, el carácter de establecimiento semioficial del Banco Popular, por su constitución y organización de orden legal, al tenor de las normas y decretos enunciados, sus trabajadores deben reputarse como oficiales (...)”. (Consejo de Estado, marzo 7 de 1963, Anales Nos. 401 y 402, páginas 166 y ss.).

Banco Ganadero: “... en tratándose de entidades como el Banco Ganadero, en las que por tener el Estado una participación minoritaria, son propiamente empresas privadas con participación estatal” y “los empleados del Banco Ganadero, en síntesis, no son oficiales, ni son empleados oficiales, por tanto, los cargos por ellos desempeñados”. (Consejo de Estado, noviembre 18 de 1970, Anales Nos 427 y 428, Pág. 230 y ss.).

En los anteriores términos, y aplicable a las entidades nacionales, se da respuesta a esta consulta.

*Samuel Arango Reyes*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Mario Latorre Rueda*, *Luis Carlos Sáchica*.

*Edné Cohen Daza*, Secretaria.

## DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL

**NOTARIAS.— Naturaleza jurídica de los empleados subalternos. Origen de sus asignaciones. Son empleados públicos.**

**Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.—** Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos setenta y seis.

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

Ref.: Consulta N° 1046.

En oficio número 1603 del 19 de febrero de 1976, el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, solicita concepto de esta Sala sobre el siguiente asunto:

“1. La naturaleza jurídica de vinculación del personal subalterno de las notarías, ha presentado serias dificultades debido a la serie de normas dispersas que hacen referencia a este particular y a la falta de precisión normativa por parte de ellas.

“Al efecto, habiendo obtenido tales empleados la categoría de empleados públicos, según el artículo 16 del Decreto 2163 de 1970, el artículo 22 de la Ley 29 de 1973 derogó expresamente tal mandato, sin calificar su nueva categoría.

“2. Revisada la legislación precedente se observa que la naturaleza jurídica de tales cargos, al preverse su creación en la Ley 1ª de 1962, no señaló un estado especial.

“3. El Decreto 027 de 1974 facultó a los notarios para crear los cargos necesarios de los subalternos notariales, según las necesidades del servicio señalarles su asignación salarial, con sujeción a las leyes laborales, y a remunerar sus vacaciones respectivas y la prima de Navidad, según el mandato del artículo 11 de la Ley 1ª de 1962, complementaria del anterior decreto.

“4. Por la naturaleza de la prestación del servicio de los subalternos de las notarías, forma de pago, prestaciones sociales reguladas, por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social y reglamento de las funciones del cargo del subalterno de notaría por parte del notario, hacen de tal vínculo jurídico la presencia de elementos aplicables bien a los trabajadores particulares, en otros a los empleados públicos, o bien a los trabajadores oficiales.



“Por las anteriores consideraciones, la consulta se concreta a saber si los empleados subalternos de las notarías, tienen el carácter de empleados públicos, trabajadores oficiales, o trabajadores particulares”.

En orden a absolver esta consulta,

#### La Sala considera

1º La Ley 1ª de 1962 reguló la materia en estudio con estas prescripciones:

a) Los notarios, según su artículo 9º, podrán crear, bajo su responsabilidad, los empleos necesarios para el servicio, señalarles sus funciones y asignaciones, y nombrar y remover libremente su personal;

b) El artículo 10 estableció que **esos empleados serían afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión** y gozarían de todas las prestaciones legales a cargo de dicha entidad;

c) Dichos empleados, al tenor del artículo 11, tendrían derecho a la prima de Navidad, a “quince días hábiles de vacaciones”, y a **los subsidios establecidos o que se establezcan para los empleados particulares**”, (subraya la Sala); y

d) Los salarios de este personal subalterno deberían ser pagados por los notarios de las sumas recaudadas por concepto de los derechos notariales autorizados por la ley.

Como lo anota la consulta, esta ley no determinó la naturaleza de estos servidores.

2º El artículo 1º del Decreto 960 de 1970, sustituido por el 2163 de 1970, sentó que el notariado era servicio del Estado, que **se prestaba por funcionarios públicos**, formaba parte de la rama ejecutiva, y “**como función pública**” implicaba el ejercicio de la fe notarial.

3º El Decreto 2163 de 1970, en su artículo 1º, que sustituyó al 960 mencionado antes, ratificó que **el notariado es servicio estatal, prestado por funcionarios públicos**, determinó que forma parte de la rama ejecutiva, y que **atiende una función pública**.

Asimismo, en sus artículos 2º y 3º, consignó que los notarios son funcionarios públicos del orden administrativo nacional, sujetos al régimen legal propio de esta clase de servidores.

En su artículo 4º dispuso que el número de empleados de cada notaría, sus funciones, categoría y asignación, correspondía señalarlos a la Superintendencia de Notariado y Registro.

Y en su artículo 16 clasificó a los empleados subalternos de las notarías como **públicos, autorizando en el artículo 18 que ese personal pueda ser incluido en la Carrera Administrativa**.

4º En la Ley 29 de 1973 se repite que los servicios notariales tienen el carácter de públicos.

Además, dispuso en el artículo 2º, que los notarios costean esos servicios; que pueden crear los cargos que requiera su funcionamiento eficaz, y que el pago de los empleados subalternos lo harán con los recursos que provienen de lo recibido de los usuarios de aquéllos por concepto de derechos fijados en la ley.

Pero, por otra parte, el artículo 22 de esta ley derogó expresamente, entre otros, el 1º y el 16 del Decreto 2163 de 1970 que habían hecho, según se vio en el anterior ordinal, la clasificación de este personal al calificarlos como empleados públicos, derogatoria que la Sala no cree que pueda interpretarse en el sentido de variar la naturaleza pública de los servicios notariales.

5º El Decreto 027 de 1974, artículo 19, faculta a los notarios para crear, bajo su responsabilidad, los empleos que requieran, y ordenó que las respectivas remuneraciones fueran pagadas por ellos, "con sujeción a las leyes laborales y consultando los principios de justicia y equidad". Agregó en el artículo siguiente, la obligación de los notarios "de afiliarse a sus empleados a las entidades de seguridad o previsión social que determinen las leyes...", quedando las respectivas prestaciones a cargo suyo, si incumpliesen este deber.

Resumiendo tenemos los siguientes elementos:

A. En favor de la tesis de que se trata de empleados públicos:

1. La naturaleza pública del organismo y el carácter, también público, del servicio o función que desempeñan, aunque hay, por excepción, funciones públicas ejercidas por trabajadores oficiales y aun por particulares.

2. El origen de sus asignaciones, pues siendo pagadas con el producto de derechos notariales fijados en la ley, se trata de recursos propios del erario público.

3. La forma de su designación que es el nombramiento, es decir, la vinculación legal y reglamentaria típica de los empleados públicos, así los cargos no sean de creación legal, pero sí reconocidos por ella.

4. La presunción de que, en principio, los servidores de la administración nacional son empleados públicos, y de que sólo hay trabajadores oficiales en los entes vinculados a aquélla, o sea, en los organismos descentralizados que se rigen por derecho privado y que son las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

5. El antecedente legal de los Decretos 960 y 2163 de 1970 que calificaron a este personal como cuerpo de empleados públicos.

6. La afiliación forzosa a la Caja Nacional de Previsión, encargada de los servicios y prestaciones sociales de la generalidad de los empleados públicos de la administración en su nivel nacional, prevista en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1962.

7. La posibilidad admitida por el artículo 16 del Decreto 2163 de 1970 de que este personal pertenezca a la Carrera Administrativa, que

está precisamente enderezada a la estabilización y promoción de los empleados públicos.

8. La calificación legal de los notarios como empleados públicos, hecha en el artículo 2º del Decreto 2163 de 1970, de la que se deduce igual carácter para sus subalternos.

9. El haber aceptado la jurisprudencia de este Consejo la acumulación del tiempo servido en notarias para efecto del reconocimiento de pensión nacional de jubilación. A título de ejemplo, pueden verse los fallos de la Sección Segunda del Consejo, entre los cuales el fechado el 31 de agosto de 1973, en el cual se hace este reconocimiento a un subalterno de notaría, con base en lo dispuesto por el Decreto 1778 de 1954 que nacionalizó el servicio de notariado, modificando el carácter particular que tenían los empleados del mismo, de acuerdo con las Leyes 6ª de 1945 y 156 de 1959, y en el artículo 6º del Decreto 059 de 1957 que concedió el derecho a esa pensión a dicho personal. En esa providencia se transcriben apartes del fallo de 23 de abril de 1960 en que el mismo Consejo expresó:

“...‘En efecto: a) Cuando se refiere al primer punto, se ha mantenido la tesis en que siendo los notarios y registradores en todo tiempo funcionarios públicos como se desprende de las normas contenidas en los artículos 127 y 5º del Código de Régimen Político y Municipal, tienen derecho, por tal circunstancia, a la protección que se desprende del régimen de garantías sociales establecidas para tales funcionarios desde la Ley 6ª de 1945 y aún más, desde antes, cuando quiera que una ley de carácter social creó derechos para tal género de trabajadores y que la circunstancia de que durante algún tiempo estos funcionarios no hubieran sido afiliados a la Caja Nacional de Previsión, ni aportado, por tanto a sus arcas, las cuotas legales de afiliación y de sostenimiento, no los privan de tales derechos de la misma manera que, al ser reclamadas, los eximen de la obligación de aportar a la citada Caja las mismas sumas que proporcionalmente les hubieran correspondido, a la manera que ha debido hacerlo en caso semejante cualquier otro funcionario público’...”

Igual tesis se sostuvo en fallo de 18 de septiembre de 1973.

La sentencia del 16 de marzo de 1970 en que la misma Sección considera aplicables a los notarios las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, es decir, el régimen prestacional común a los notarios, como empleados públicos que son, y

10. La regla del artículo 5º de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, de acuerdo con la cual “son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes”, o que “tienen funciones que no pueden ejecutar sino en calidad de empleados”.

B. En contra de esta aseveración podría observarse:

Que la creación de estos cargos la ha confiado la ley a los notarios, lo que ha de entenderse como una delegación y con el sentido de que tal creación implica una autorización legal, y no un poder per-

sonal de aquéllos. Igual observación ha de hacerse para la facultad de libre nombramiento y remoción de dichos empleados y la de señalar los salarios. Al emplear la ley los términos "bajo su responsabilidad", referidos a la creación de cargos hecha por los notarios, simplemente se alude a que el buen funcionamiento de la notaria respectiva y el pago de los salarios correspondientes, son cuestiones que atañen directamente a aquél funcionario, y no a que se establezca una relación laboral de carácter privado entre el notario y sus empleados.

El indicar la ley que el pago de estos salarios lo hará el notario y que se financiará con el producido de la notaría, tampoco privatiza esta relación, pues se trata de fondos públicos administrados por aquéllos y de retribución de servicios hechos al Estado, y no a los notarios.

El que en el artículo 19 del Decreto 027 de 1974 se exprese que el pago de estos salarios se hará "con sujeción a las leyes laborales y consultando los principios de justicia y equidad", nada arguye contra la tesis de la Sala, puesto que esas leyes laborales no pueden ser sino las aplicables al sector público, y la segunda parte de esa norma se refiere directamente a la autorización del notario para señalar el monto de los salarios.

En el mismo sentido hay que pensar la parte final de tal artículo, pues para el caso de estos empleados la ley ha fijado como entidad de previsión de que son afiliados forzosos a la Caja Nacional, que es de carácter público.

En cambio, no es claro por qué el artículo 11 de la Ley 1ª de 1962 habló de reconocimiento de subsidios similares a los de los empleados particulares, de lo cual puede resultar que su régimen prestacional sea especial y distinto en este aspecto al de los demás empleados públicos, sin que esa circunstancia les cambie este carácter.

De otro lado, no es válido pensar que se trata de trabajadores oficiales, porque ya se vio que su vinculación es hecha por nombramiento, no por contrato, y porque, además, es prohibido el contrato laboral cuando su objeto es el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, como lo establece el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973.

Basta agregar, que tampoco cabe plantearse si estos servidores son trabajadores particulares, ya que dada su función pública, el carácter del servicio de notariado, y su nacionalización, tales hechos excluyen esa hipótesis.

En los anteriores términos se absuelve la consulta y se dispone comunicarlo así al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

*Samuel Arango Reyes*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Mario Latorre Rueda*, *Luis Carlos Sáchica*.

*Edné Cohen Daza*, Secretaria.

## MINISTERIO DE GOBIERNO

**ELECCIONES.**— Interpretación y aplicación del artículo 15 del Decreto 3254 de 1963, relativo al no funcionamiento de mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se creen o restablezcan a partir del primero de enero del año en que han de verificarse las elecciones.

**Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.**— Bogotá, D. E., veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Arango Reyes**).

El señor Ministro de Gobierno en oficio número 00529 de fecha 17 del presente, repartido ayer, hace a esta Sala la siguiente consulta:

“Se han presentado algunas dudas sobre la interpretación y aplicación del artículo 15 del Decreto 3254 de 1963, relativo al no funcionamiento de mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se creen o se restablezcan a partir del primero de enero del año en que han de verificarse las elecciones.

“De acuerdo con este precepto normativo, me permito con todo respeto hacer la siguiente pregunta:

“Es indispensable tener en cuenta para efecto de la instalación de las mesas de votación el solo acto de creación de los corregimientos y de las inspecciones, antes del primero de enero a que se refiere la norma? O es condición necesaria, que tanto esos corregimientos, como las inspecciones, además del acto administrativo de su creación, antes de la citada fecha estén funcionando como tales?

Las siguientes breves consideraciones son suficientes, a juicio de la Sala, para absolver la cuestión propuesta por el señor Ministro de Gobierno:

1º El artículo 15 del Decreto 3254 de 1963, dice textualmente:

“Para las elecciones no funcionarán mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se creen o restablezcan, a partir del primero de enero del año en que se verifiquen las elecciones”.

2º No puede remitirse a duda que un alto porcentaje de la población ejercita el derecho de sufragio en las veredas o corregimientos, dado que para el campesino resulta frecuentemente difícil el traslado en los días de elecciones a la cabecera del municipio para ejercitar aquel derecho y cumplir ese deber.

3º En orden al ejercicio de los derechos ciudadanos, entre los cuales el del sufragio ocupa lugar principalísimo, el Gobierno tiene el deber de facilitar, hasta donde le sea posible, aquella función, esencial dentro de un régimen democrático como el que rige entre nosotros. No se justificaría en modo alguno que por no suministrar a la inmensa masa de la población campesina las facilidades indispensables para el ejercicio de su derecho de elegir, buena parte de ella se encontrara en circunstancias de no poder satisfacer la obligación de que se viene tratando.

4º A juicio de la Sala, es necesario distinguir entre la creación o restablecimiento de las inspecciones de policía de que trata el artículo 15 del decreto antes citado, y la provisión o nombramiento del personal encargado de desempeñar esas funciones.

5º El artículo 15 del Decreto 3254 de 1963 establece simplemente que no podrán funcionar mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se creen o se restablezcan a partir del primero de enero del año en que se verifiquen las elecciones. Lógicamente, a contrario sensu, en los corregimientos e inspecciones de policía, creados con anterioridad al primero de enero del año en que se verifiquen las elecciones, pueden establecerse mesas de votación, aun cuando el personal encargado de aquellas funciones no haya sido designado con anterioridad al primero de enero del año en que se verifiquen las elecciones.

6º De acuerdo con lo anterior, si los corregimientos e inspecciones de policía fueron creados con anterioridad al primero de enero, el personal encargado de desempeñar esas funciones puede ser designado con posterioridad a la fecha últimamente indicada y antes de las elecciones. En este caso podrán funcionar de acuerdo con el Decreto 3254, mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía a que se viene haciendo alusión.

Tal vez no esté de más observar que si para que funcionen mesas de votación en los corregimientos e inspecciones creados con anterioridad al primero de enero del año en que han de verificarse las elecciones, fuera necesario designar al personal encargado de aquellas funciones, también con anterioridad al primero de enero, se le ocasionarían al Tesoro Público muy cuantiosas erogaciones que en la mayoría de los casos no tendrían justificación alguna.

De acuerdo con lo anterior se contesta así al señor Ministro de Gobierno:

1º Es indispensable tener en cuenta, para efecto de la instalación de las mesas de votación, **el solo acto de creación de los corregimientos y de las inspecciones antes del primero de enero** a que se refiere el artículo 15 del Decreto 3254 de 1963.

2º No es necesario que esos corregimientos e inspecciones creados con anterioridad al primero de enero estén funcionando como tales antes de esta misma fecha. Deben estar funcionando, eso sí, y como es obvio, en tiempo prudencialmente anterior a las elecciones.

En los anteriores términos queda absuelta, la consulta del señor Ministro de Gobierno.

*Samuel Arango Reyes*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, (No suscribe el anterior concepto por motivo de enfermedad), *Mario Latorre Rueda*, *Luis Carlos Sáchica*.

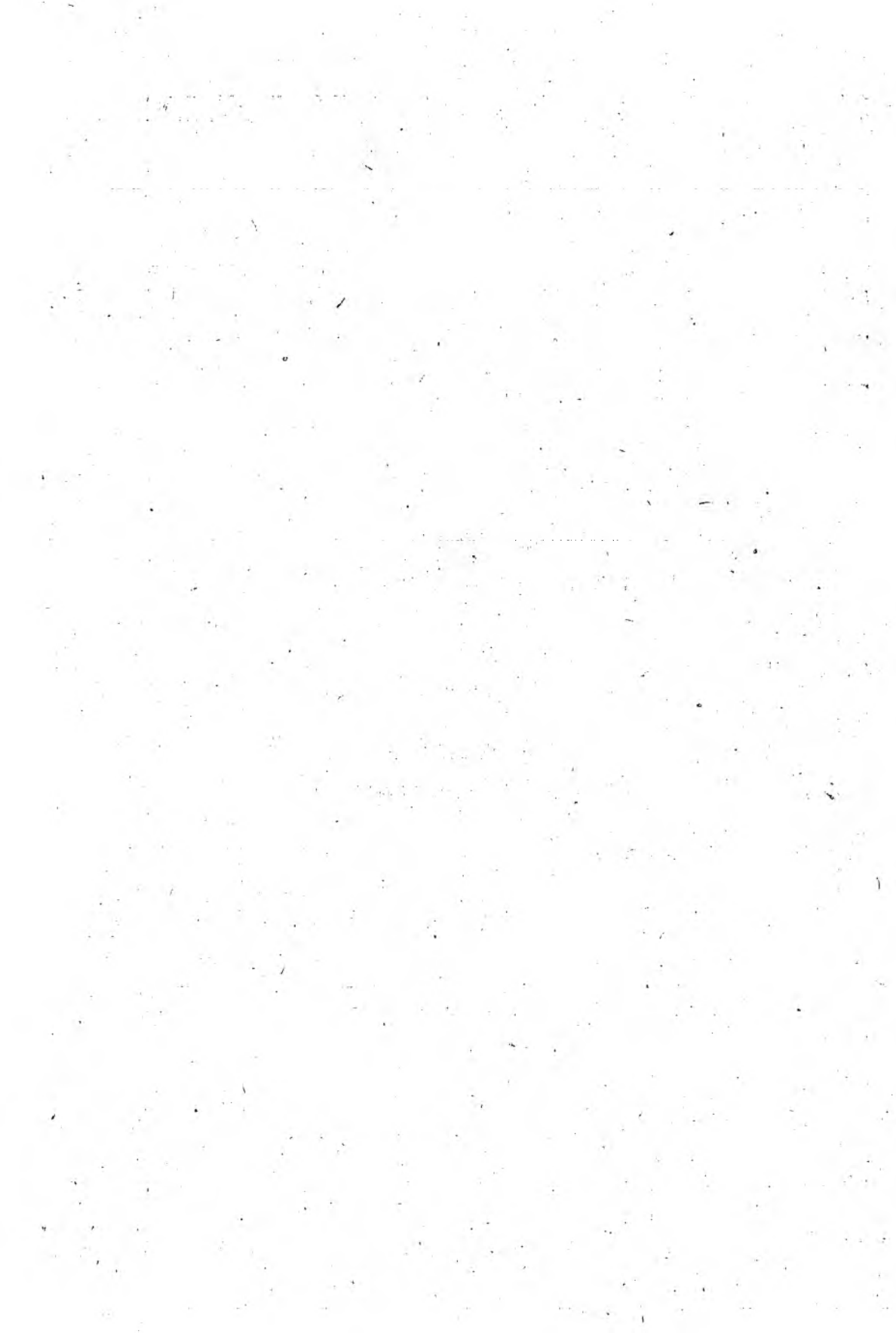
*Rafael Acosta Guzmán*, Secretario.

**SEGUNDA PARTE**  
**FUNCION JURISDICCIONAL**

**TITULO I**  
**ORDEN NACIONAL**

**CAPITULO PRIMERO**  
**DECRETOS DEL GOBIERNO**





## DECRETOS DEL GOBIERNO

### DROGAS Y ESPECIFICACIONES FARMACEUTICAS.— Control e inspección sobre su fabricación, importación y venta.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla).

(Sesión del día 5 de marzo de 1976).

Ref.: Expediente 2312. Actor: Andrés Rodríguez Pizarro.

El ciudadano Andrés Rodríguez Pizarro, en ejercicio de acción pública pretende la nulidad de los ordinales a), b), c), d), e), f), g), h), i), del artículo 26 del Decreto reglamentario número 281 de 1975, que son del siguiente tenor:

“No se aceptarán como nombres para los medicamentos los siguientes:

a) Los que sugieran expresamente la utilización o indicación farmacoterapéutica;

b) Los que se basen en la composición del excipiente del medicamento;

c) Los que se presten a confusión con otros medicamentos, cuando éstos sean de composición e indicaciones diferentes;

d) Los de santos y, en general, los concernientes a temas religiosos;

e) Los exclusivamente formados por iniciales o números;

f) Los que incluyen la palabra “doctor” u otros títulos o sus abreviaturas;

g) Los de pila de personas naturales ni sus apellidos a menos que se trate de preparaciones que, en la literatura científica mundial, figuren con los nombres de sus autores, tales como solución de Ringer, pasta de Lasser y Bota de Unna, los cuales podrán ser usados por cualquier fabricante;

h) Los que incluyan palabras tales como débil, fuerte, maravilloso, ideal, hermoso, vigor, vida, conformativo, extra, super y, en general, destinados a expresar, sugerir o exagerar ventajas o efectos de los correspondientes productos;

i) Los acompañados de una cifra, con excepción de los que se refieren a la concentración de los principios activos”.

Estima el demandante que la disposición acusada viola las siguientes disposiciones:

A. El artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional. Porque contiene prohibiciones en materia marcaria, contrarias a lo preceptuado en la legislación de la materia y, en especial a lo estatuido en los artículos 584, 585 y 586 del Código de Comercio, lo cual significa que el Gobierno desbordó el ámbito de su potestad reglamentaria; y

B. El artículo 30 de la Constitución Nacional, porque la aplicación del artículo acusado implica la eliminación de innumerables marcas registradas, de las cuales emanan derechos reconocidos por el artículo 593 del Código de Comercio, que, consecuentemente resultarían vulnerados con detrimento de la garantía constitucional del derecho adquirido.

El actor solicitó la medida cautelar de la suspensión provisional que no fue decretada por la Sala Unitaria, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“El razonamiento que le sirve de fundamento a la petición de la medida provisoria parte del supuesto o premisa de que el Decreto 281 de 1975 y concretamente su artículo 26 es una norma reglamentaria del registro instituido en el capítulo II del Código de Comercio. Pero estima la Sala que esa premisa debe ser sometida a un examen y a un análisis previos que permita en forma indubitable si la norma acusada constituye realmente una reglamentación de tales disposiciones legales o pudiera serlo de otras y por consiguiente de otro tipo de registro que también pudiera tener origen en la ley o en normas con fuerza legal, expedidas para un fin distinto al de los preceptuados del Código de Comercio, como podrían ser, entre otras las contenidas en los numerales a), d), i), del artículo 18 del Decreto-ley 621 de 1974, dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno mediante la Ley 2ª de 1973 con el fin específico de ejercer el control y la vigilancia sobre la producción, distribución y consumo de drogas, medicamentos, cosméticos, alimentos, bebidas alcohólicas y no alcohólicas, rodenticidas, insecticidas, detergentes, etc.” (Sent. julio 21 de 1975).

#### El concepto fiscal

El señor Fiscal Primero de la corporación “se identifica con las argumentaciones expuestas por el actor, las cuales por razones de economía procesal omite transcribir” y termina con la solicitud de que se acceda a decretar la nulidad pretendida.

### Consideraciones de la Sala

Un examen de la legislación colombiana en materia de drogas y especialidades farmacéuticas durante los últimos cincuenta y cinco años, permite concluir que, por lo menos desde 1920 en virtud de la Ley 11 de ese año, está instituido en el país un control específico sobre su fabricación, importación y venta, en orden a la protección de la salud del pueblo. Dicho control, rudimentario al comienzo lo encomendó la ley (artículo 3º) a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas cuya composición se determinó en la misma disposición. Desde entonces el Gobierno quedó facultado expresamente para reglamentar, la importación y venta de tales productos (artículo 4º *ibidem*).

En la ley marcaría del año 25, se expresó paladinamente que las normas reguladoras del control aludido eran diferentes e independientes del régimen marcarío, en cuanto prescribió que "las composiciones farmacéuticas, medicamentos, bebidas o alimentos de cualquiera especie y forma, para uso humano, quedarán sometidos, además, a los decretos y reglamentos especiales que sobre la materia dicte el poder ejecutivo" (parágrafo del artículo 5º de la Ley 31 de 1925).

En virtud de la Ley 116 de 1937, se modificó la composición de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas y se hizo extensivo el control a los anuncios de las especialidades farmacéuticas y a la literatura sobre el producto. En el artículo 4º de esta ley, a propósito de la revisión de las licencias ya otorgadas, se precisó, el alcance y la finalidad de la inspección y del control gubernamental sobre esta clase de productos, así: "Garantizar que el producto corresponda a la fórmula autorizada, que su calidad sea buena y que no entre en su composición, ningún elemento o ingrediente perjudicial para la salud".

En desarrollo de los indicados preceptos legales se dictaron sucesivos decretos a través de los cuales se diseñó el control de tales productos. Entre ellos pueden mencionarse los siguientes: Decreto 1705 de 1932, 2135 de 1933, Decreto 786 de 1940, Decreto 1032 de 1943.

Más tarde, por virtud de la Ley 84 de 1946 (artículo 5º) se creó el Departamento de Farmacia como una dependencia del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social con la función específica de ejercer "la inspección y el control de los medicamentos y estupefacientes". Como disposiciones reglamentarias de esta disposición legal se dictaron, entre otros los siguientes Decretos: 0750 de 1947, 2190 de 1947, 2379 de 1947, 2713 de 1947, 2251 de 1948, 1174 de 1950, 0456 de 1959.

En el Decreto 2713 de 1947, se instituyó el régimen de las licencias para la importación, elaboración y venta de medicamentos, alimentos y cosméticos, las cuales debían ser otorgadas por el Departamento Jurídico del Ministerio previo concepto técnico del Laboratorio de Control sobre la composición del producto, sus dosificaciones y sus indicaciones terapéuticas. El artículo 29 del expresado decreto contiene la siguiente disposición:

"Artículo 29. Queda prohibido hacer en los avisos o prospectos, en la propaganda hablada o escrita, en las etiquetas y envases de medica-

mentos, o de productos alimenticios o cosméticos, indicaciones destinadas a llevar al ánimo de los consumidores la idea de que tales preparaciones son las únicas eficaces o infalibles. Asimismo prohíbese la publicación de retratos o fotograbados de enfermos con su nombre propio como medio de propaganda comercial de drogas, medicamentos o procedimientos médicos.

Igualmente, queda prohibido hacer afirmaciones falsas o exageradas respecto al origen, procedencia, medio de recolección o preparación de las materias primas con las que se confeccionan los productos o de sus propiedades terapéuticas. No puede anunciarse ningún medicamento con la promesa de devolver el valor en caso de ser ineficaz”.

Por medio de la Ley 32 de 1948 se transfirieron las atribuciones de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas al Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene y al Instituto de Higiene Samper Martínez, en lo relativo al control sobre la importación, preparación y venta de drogas, alimentos y cosméticos y se dispuso el régimen fundamental de las respectivas licencias con duración de diez años. Asimismo se expresó como objetivo principal de dicho control, la “protección de la salud colectiva”.

En desarrollo de la Ley 32 de 1948 y de las demás atinentes a la materia que ocupa la atención de la Sala, se expidió el Decreto 2228 de 1962 que contenía una minuciosa reglamentación sobre el control de drogas. Este fue sustituido por el Decreto 1528 de 1963 dictado como consecuencia de la reorganización administrativa del Ministerio de Salud. En el año de 1968 fue reorganizado de nuevo este Ministerio por medio del Decreto-ley 2400 de 1968, en cuyo artículo 19 se atribuyó a la Sección de Control de Drogas y Productos Biológicos el ejercicio de las correspondientes funciones legales y reglamentarias sobre la materia.

Por último, en virtud del Decreto-ley 621 de 1974, también reorganizado del Ministerio de Salud, se adscribieron esas mismas funciones a la Dirección General de Vigilancia y Control, con la asesoría de un Consejo para el Licenciamiento de Drogas y Biológicos al cual le corresponde rendir concepto para el otorgamiento de licencias y registros de todas “las drogas, medicamentos, cosméticos, alimentos, bebidas alcohólicas, rodenticidas, detergentes” y “todos aquellos productos, aparatos, equipos e instrumentos que incidan en la salud individual o colectiva, o que puedan tener peligrosidad por su contacto con el ser humano” (artículos 18 y 27 del expresado decreto con fuerza de ley). A raíz de esta última reorganización administrativa, el Gobierno, en ejercicio de la competencia administrativa ordinaria que le atribuye el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional expidió un nuevo estatuto reglamentario de las disposiciones legales sobre inspección y control de drogas y otros productos. Tal estatuto está contenido en el Decreto 281 de 1975, del cual forma parte el artículo 26 que es objeto de la pretensión de nulidad formulada en este proceso. En él se desarrollan los procedimientos para el otorgamiento de licencias y concesión de registros, duración de los mismos, renovaciones, revisiones y sanciones por infracción de las normas pertinentes.

Del examen de las disposiciones que se han mencionado se viene en conclusión lo siguiente:

1º Que por ministerio de la ley existe un control e inspección gubernamental sobre los productos en referencia.

2º Que ese control se ejerce a través de un sistema de licencias y de registro, igualmente creado por la ley.

3º Que la finalidad de dicha inspección y de tal control es preservar la salud individual y colectiva. Materia bien diferente a esta es la que concierne al régimen de la propiedad industrial contenido en el título II del Código de Comercio y en el cual, a través de otro sistema de licencias y de registros se persigue desarrollar la garantía constitucional de esta modalidad del dominio o propiedad. Ya la Ley 31 de 1925 antiguo estatuto de la propiedad industrial subrayó no sólo la diferencia de naturaleza entre los dos sistemas normativos, determinada por la diversidad de fines que se persiguen con uno y otro, al expresar que las composiciones farmacéuticas, los medicamentos, etc., debían someterse, además de las normas sobre propiedad industrial, a las especiales que sobre ellas se dicten.

El demandante no ha advertido esta diferencia y por ello el concepto de violación que aduce lo fundamenta en una presunta incongruencia entre las disposiciones del estatuto marcario y el artículo 26 del Decreto 281 de 1975 reglamentario de un ordenamiento legal diferente, sobre inspección y control de drogas. A juicio de la Sala no son equiparables por ningún concepto las licencias y registros que la ley prevé para ordenar y garantizar la propiedad industrial, con aquellos otros que la ley ha instituido para preservar la salud individual y colectiva. Son dos órdenes normativas diferentes, con finalidades diversas, razón por la cual no es dable pretender que las exigencias relativas a uno de ellos coincidan con las establecidas para el otro.

El Decreto 281 de 1975 no es como lo pretende el demandante un acto reglamentario de las normas legales sobre propiedad industrial, sino el estatuto reglamentario del control e inspección sobre las drogas y otros productos, que el legislador tiene instituido en Colombia desde hace más de 50 años y que, por ministerio de la ley, no sólo no es incompatible con ningún sistema de propiedad industrial, sino que puede coexistir con él, en razón de las diversas finalidades a las cuales se ordenan uno y otro. Por manera que para aducir un supuesto exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria la confrontación del acto acusado no ha de hacerse con las normas de la ley marcaria, sino con las disposiciones legales sobre inspección y control de drogas y demás productos, que le compete al Ministerio de Salud Pública.

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, no accede a declarar la nulidad impetrada.

Previa ejecutoria, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario,*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y EMPRESAS INDUSTRIALES O COMERCIALES DEL ESTADO.**— Se declara la nulidad del siguiente aparte del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2284 de 1974, únicamente en cuanto se predica de las empresas industriales o comerciales del Estado y salvo excepción consagrada en sus estatutos básicos: “no podrán aumentar las asignaciones a sus empleados”.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., marzo quince de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 5 de marzo de 1976).

Ref.: Expediente 2334. Actor: Gustavo Humberto Rodríguez.

El doctor Gustavo Humberto Rodríguez, en ejercicio de la acción pública, pretende la nulidad del artículo 2º del Decreto 2284 de 1974, en la parte que subraya a continuación:

“Los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado **no podrán aumentar las asignaciones de sus empleados** ni crear nuevos empleos sin previa autorización del Gobierno expresada por conducto de la Dirección General de Presupuesto”.

El Decreto 2284 de 1974, es un acto reglamentario de los artículos 154 del Decreto-ley 294 de 1973 o Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y del 9º del Decreto legislativo 1982 de 1974, este último expedido en uso de las facultades extraordinarias del artículo 122 de la Constitución Nacional.

Las disposiciones que se dice reglamentar son del siguiente tenor:

Artículo 154 Decreto-ley 294 de 1973: “Para efectos de la aplicación del numeral 21 del artículo 120 de la Constitución Nacional se entiende por servicio cada ministerio, departamento administrativo y establecimiento público nacional.

Parágrafo. Sólo se podrán modificar las plantas de personal de los establecimientos públicos nacionales y variar los grados ocupacionales

de los cargos comprendidos en ellas, mediante el estudio previo y la correspondiente aprobación del Gobierno, en las condiciones que contempla la ley”.

**Artículo 9º del Decreto legislativo número 1982 de 1974:** “En los presupuestos de los organismos descentralizados no se podrán abrir créditos suplementales o extraordinarios con el fin de atender gastos causados por la creación de nuevos empleos”.

### **Los cargos formulados en la demanda**

Sostiene al demandante que la disposición acusada desborda el marco de la ley reglamentada, pues ésta limita la prohibición a la apertura de créditos suplementales para atender gastos causados por la creación de nuevos empleos, en tanto que aquélla la extiende al aumento de asignaciones a sus empleados. Agrega que este desbordamiento en el ejercicio de la potestad configura una extralimitación de funciones (artículo 20, Constitución Nacional), porque se ha invadido la órbita propia del Congreso (artículo 76 Num. 9), incurriendo en violación del artículo 120-3 de la misma Carta y de la jerarquía administrativa prevista en la Ley 167 de 1941.

### **Suspensión provisional**

El actor impetró esta medida provisoria que la Sala Unitaria se negó a decretar por las siguientes razones:

“La vigencia de las normas transcritas (artículos 23, 24 y 154) del Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto-ley 294 de 1973 y de las demás disposiciones de la ley orgánica del presupuesto imponen al juez la necesidad de realizar un trabajo de interpretación que le permita llegar a una conclusión sobre el cargo de ilegalidad y de inconstitucionalidad formulado en la demanda. Será, pues necesario precisar el alcance de los referidos preceptos en función sistemática, vale decir, dentro del conjunto de las normas orgánicas del presupuesto nacional y en especial de las concernientes a los institutos descentralizados como las que se dejaron transcritas, y otras también orgánicas de los mismos, como el artículo 37 y concordantes del Decreto 3130 de 1968.

“Sin este estudio previo, que debe ser materia de la sentencia definitiva, por tratarse de una cuestión de fondo, no es posible precisar si el cargo de ilegalidad e inconstitucionalidad es o no fundado, lo cual significa que de ninguna manera las violaciones alegadas pueden ser manifiestas”.

### **El concepto fiscal**

El colaborador Fiscal expresó, lo siguiente:

“Pero como quiera que el honorable Consejero ponente, en el auto admisorio de la demanda y negatorio de la suspensión provisional, expresó que “sería manifiesta la pretendida ilegalidad si no fuere menester confrontar también el precepto acusado con otras disposiciones legales sobre la materia”, este despacho, tenien-



do en cuenta lo expuesto por el honorable Magistrado sustanciador, y después de estudiar algunas normas contenidas en la ley orgánica del presupuesto nacional y otras complementarias relacionadas con el tema propuesto considera que en realidad la violación es manifiesta, por lo cual debe accederse a la nulidad pretendida”.

### Consideraciones de la Sala

Como quiera que dentro de los organismos descentralizados existen tres categorías jurídicas con rasgos diferenciados, es preciso estudiar la cuestión planteada, en función del régimen jurídico de cada una, con exclusión de las empresas de economía mixta a las cuales no se refiere la disposición cuya nulidad se pretende.

#### I. Los establecimientos públicos.

En los términos del párrafo del artículo 154 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional (Decreto-ley N° 294 de 1973), se condicionaba la modificación de las plantas de su personal y la variación de los grados ocupacionales de los cargos comprendidos en ellas, a la previa aprobación del Gobierno. Por consiguiente, la autonomía de esos institutos quedó reducida a una simple iniciativa en esos dos aspectos de su administración, susceptibles de alcanzar firmeza jurídica mediante el acto aprobatorio del Gobierno.

La planta de personal está constituida por el conjunto de empleos adscritos al respectivo organismo, de suerte que una modificación de ella, consiste en el aumento o en la disminución de aquéllos. El grado ocupacional corresponde con el nivel de remuneración básico asignado a determinado cargo habida consideración de la clase dentro de la cual se agrupe la serie correspondiente; de suerte que una modificación en el grado ocupacional es una modificación del sueldo básico, bien para aumentarlo, ya para disminuirlo. Por consiguiente, a la luz de lo preceptuado en el párrafo del artículo 154 antes citado, los establecimientos públicos sólo podrán aumentar o disminuir empleos y asignaciones una vez que obtuvieran la aprobación del Gobierno.

Posteriormente se dictó el Decreto-ley 2554 de 1972 en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 2ª de 1973, por medio del cual se fijó el sistema de clasificación y remuneración para las distintas categorías de empleos de los establecimientos públicos del orden nacional. Por el artículo 5º de dicho decreto se estableció una escala de remuneración y una nomenclatura de empleos a la cual debían adecuarse las correspondientes plantas de personal dentro de un término perentorio que venció el 1º de abril de 1974. O sea que a partir de esta fecha la escala de remuneración en este tipo de organismos descentralizados quedó señalada con fuerza de ley, y por lo tanto desapareció toda posibilidad de modificar las asignaciones del personal por acto emanado del organismo o del Gobierno; en efecto, una vez que cada empleo en particular quedó catalogado dentro de una serie, dentro de una clase y en un grado determinado, el sueldo básico que le correspondiera quedó igualmente determinado por la escala de remuneración establecida en el mismo decreto. De esta suerte la única posibilidad de aumento o de disminución de asignaciones quedó deferida a la ley, a través de una modificación de la escala, o sea que se

privó al Gobierno y a los establecimientos públicos de toda competencia sobre la materia. Pero les restaba aún capacidad para someter a la aprobación del Gobierno, modificaciones de la planta misma del personal, ampliándola o restringiéndola. Sin embargo esta facultad vino a desaparecer por virtud de la vigencia del Decreto-ley 1982 de 1974, dictado en ejercicio de las atribuciones extraordinarias del artículo 122 de la Constitución Nacional, en cuyo artículo 9º se consagró la prohibición absoluta de "abrir créditos suplementales o extraordinarios con el fin de atender gastos causados por la creación de nuevos empleos en los presupuestos de los organismos descentralizados". En consecuencia la prohibición de aumentar asignaciones sin la previa autorización del Gobierno, contenida en la disposición reglamentaria, es decir en el artículo 2º cuya nulidad se demanda, no puede considerarse ilegal en el concepto que aduce el actor dado el examen que se hizo anteriormente. Podría merecer reparo tal prohibición en concepto de que ella no es absoluta, sino relativa en cuanto es posible el aumento con la previa autorización del Gobierno, pero como ese cargo de ilegalidad no ha sido formulado, la Sala se abstiene de hacer consideraciones al respecto.

## II. Las empresas industriales y comerciales del Estado.

Las empresas industriales y comerciales del Estado son personas jurídicas, con autonomía administrativa y patrimonial respecto de la administración central pero sometidas al régimen de tutela previsto en la ley. El grado de su autonomía y el grado de la tutela están determinados por la ley, por el acto de su creación y por sus estatutos, habida consideración del objeto de su actividad industrial o comercial.

En principio, la autonomía administrativa las habilita salvo disposición legal o estatutaria en contrario para señalar la planta de su personal, con excepción del nivel directivo (junta o consejo directivo, gerente, director o presidente) que está predeterminado en las leyes orgánicas de esta clase de servicios (artículo 16 y siguientes del Decreto 3130 de 1968); el artículo primeramente citado le asigna a la junta o al concejo directivo, como función específica la facultad de señalar el personal al servicio de la institución y más aún la de determinar su estructura administrativa sin sujeción a las pautas generales que rigen para los establecimientos públicos (artículo 24 del Decreto 3130 de 1968). Lo anterior significa que en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado y de las de economía mixta en las cuales el aporte estatal sea o exceda del 90% (artículos 3º del Decreto 3130 de 1968 y 464 del C. de Co.), sus juntas o concejos directivos disponen en principio, salvo excepción expresa consagrada en sus propios estatutos básicos, de un poder discrecional para los efectos indicados, que la ley les otorga con la finalidad de lograr una mejor adecuación de su organización con los fines que persiguen y con la índole propia de las actividades que deben desarrollar.

Sin embargo una norma superior, con fuerza de ley, el Decreto 1982 de 1974, artículo 9º limitó esa discrecionalidad en punto a la creación de nuevos empleos, cuando prohibió la apertura de créditos suplementales o extraordinarios destinados a atender gastos que tuvieran esa causa. Pero como quiera que no existe disposición legal o con fuerza de tal que limite por otros conceptos la discrecionalidad apuntada, debe

entenderse que los órganos directivos de las entidades que nos ocupan, disponen de las atribuciones necesarias en orden a señalar autónomamente las asignaciones de su personal, sin que tal facultad pueda limitarla el Gobierno en uso de la potestad reglamentaria, pues una disposición en tal sentido implicaría un desbordamiento de lo preceptuado en el artículo 120-3º de la Constitución Nacional, y una invasión de la órbita legislativa (artículo 76 de la C. N.) con el consiguiente desconocimiento de un principio legal, como es el de la autonomía acordada a tales entidades.

Por medio del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2884 de 1974 se dispuso que las empresas industriales o comerciales del Estado "no podrán aumentar las asignaciones a sus empleados, ni crear nuevos empleos sin previa autorización del Gobierno expresada por conducto de la Dirección General del Presupuesto". En cuanto a la limitación para crear empleos nuevos, el reglamento se limita a reiterar la disposición con fuerza de ley contenida en el Decreto legislativo 1982 de 1974 y por ese concepto no ofrece ningún reparo; mas en relación con el aumento de asignaciones se trata de un precepto nuevo que no sólo carece de fundamento en la ley, sino que, como se dijo antes, quebranta el principio legal de la autonomía de esos organismos descentralizados.

En mérito de las razones que se dejan 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, declara la nulidad del siguiente aparte del artículo 2º del Decreto reglamentario 2884 de 1974, únicamente en cuanto se predica de las empresas industriales o comerciales del Estado y salvo excepción consagrada en su estatutos básicos: "No podrán aumentar las asignaciones a sus empleados". En lo demás no se accede a las peticiones de la demanda.

Previa ejecutoria, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.—** Sentido y alcance de la expresión en nuestro derecho constitucional. Desarrollo conceptual. Medio y forma de intervención. Tipos diferentes de decisión o momentos en el proceso de intervención económica del Estado. Los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de la potestad de intervención económica tienen fuerza de ley. La intervención del artículo 120-14 de la Constitución Nacional.

**SISTEMA DE AHORRO DE VALOR CONSTANTE.—** Rasgos fundamentales. Finalidades.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—** Bogotá, D. E., febrero cuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 4 de febrero de 1976).

Refs.: 2150, 2153, 2155. Actor: Germán García Barrero y otros.

Surtido el trámite de rigor y previa la acumulación decretada, se procede a pronunciar la sentencia definitiva sobre las demandas que dieron lugar a los procesos números 2150, 2153 y 2155 formuladas en su orden por Eduardo Molina y otros, por Germán García Barrero y por el doctor César Castro Perdomo. En las tres demandas se pretende la nulidad total o parcial de las disposiciones relacionadas con el sistema de ahorro de valor constante, contenidas en diversos decretos del Gobierno dictados en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 120-14 de la Constitución Nacional.

### **Síntesis de los cargos formulados y del concepto de violación**

#### **A. proceso número 2155**

##### **Primer cargo**

Contra las disposiciones que “autorizan la creación de personas jurídicas dedicadas al ahorro para fomentar la construcción por valor constante y el funcionamiento de un fondo en el Banco de la República y la Junta de Ahorro y Vivienda”.

Dice que las normas respectivas violan el artículo 50 de la Constitución Nacional en cuanto el Gobierno, al dictarlas, ha usurpado una facultad propia del legislador, consignada en el referido artículo.

### Segundo cargo

Acusación global contra todas las normas impugnadas por violación del artículo 32 de la Constitución Nacional en cuanto implican actos de intervención en la utilización y consumo de un bien, como es el ahorro y que requieren, por lo tanto, del previo mandato legal.

### Tercer cargo

Que los artículos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, y 14, del Decreto 677 de 1972 así como el Decreto 678 de 1972 violan el artículo 76, ordinal 2º, de la Carta, en concordancia con el ordinal 22 del artículo 120 ibídem, porque aquéllos contienen normas generales sobre organización del crédito público cuya expedición corresponde al Congreso y que, de paso, violan leyes expedidas por éste, como son las Leyes 123 de 1959, 9ª de 1962 y 18 de 1970.

### Cuarto cargo

Que los decretos acusados son violatorios del ordinal 4º del artículo 76, en concordancia con el ordinal 3º del artículo 118 y el 80 de la Constitución Nacional, en "cuanto las facultades del Presidente de la República contenidas en el ordinal 14 del artículo 120 deben ser ejercitadas dentro de las directrices que señala la ley del plan y desarrollo y en ningún caso estas atribuciones pueden ser ejercidas sin que tal plan haya sido adoptado por el Congreso".

### Quinto cargo

#### Violación del artículo 1º del Código de Comercio

El actor fundamenta este cargo así:

"El concepto de violación lo hago consistir en que la norma superior invocada somete a los comerciantes y a los asuntos mercantiles al Código de Comercio, y siendo la actividad de las corporaciones de ahorro y vivienda verdadera actividad comercial, se han dictado las normas demandadas en reemplazo de las especiales del Código de Comercio para someter tales personas jurídicas a las reglas impugnadas, con lo cual se ha tenido que adicionar ese Código en los términos de las disposiciones acusadas que reglamentan la creación, funcionamiento y funciones de las nuevas corporaciones de ahorro y vivienda.

Además de legislar sobre los términos de los contratos entre los depositantes y corporaciones de ahorro y entre éstos y los prestatarios se ha adicionado el Código de Comercio en esa materia".

### Sexto cargo

#### Violación del artículo 76-15 de la Constitución Nacional

Dice el actor, que a través de los decretos acusados se crea un nuevo tipo de moneda, denominado UPAC "siendo exclusivo del Congreso el

ejercicio de la llamada soberanía monetaria", en los términos del numeral 15 del artículo citado. Afirma que la UPAC, es una medida de las cosas que sirve de medio de pago (artículo 20, Decreto 1229 de 1972) para cubrir obligaciones contraídas en ese tipo especial de moneda y por lo tanto ello significa que esas unidades tienen poder liberatorio, lo cual está corroborado por el artículo 20 del Decreto 677 de 1972; agrega que cumple una función de "patrón de cuentas, medidas y atesoramiento", de conformidad con lo previsto en los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1229 de 1972 y que también sirve como instrumento de cambio, todo lo cual le permite concluir que la unidad de poder adquisitivo constante es un nuevo signo monetario creado por el Gobierno y no por el órgano legislativo al cual le ha asignado la Constitución ese atributo.

### **Séptimo cargo**

Afirma el demandante que los artículos 20 y 21 del Decreto 677 de 1972, el 14 del 678 de 1972 y los artículos 1º, 2º y 3º, del Decreto 120 de 1974 violan el artículo 29 del Decreto extraordinario 437 de 1961, en cuanto aquellas disposiciones decretan una exención de impuestos para las ganancias extraordinarias que según este último precepto deben ser gravadas.

Asimismo sostiene que tales disposiciones violan los artículos 91 y 93 de la Ley 81 de 1960 en cuanto exime de la inversión forzosa allí prevista. En sustento del cargo transcribe apartes de la sentencia proferida por esta corporación el 14 de junio de 1974.

### **Octavo cargo**

#### **Violación de los artículos 1º y 1518 del Código Civil**

En cuanto el artículo 2º del Decreto 1229 de 1972 extiende a los particulares que contraten con corporaciones de ahorro y vivienda, la estipulación en UPAC del valor de sus obligaciones contraídas.

### **B. Proceso número 2150**

Los actores piden que se declare la nulidad del Decreto 677 de 1972 por violación de los artículos 2º, 12, 56, 78, (ordinales 1º, 2º, 4º, 9º y 15) 80, 120 ordinal 14, 118 ordinal 8º, 135, 214, 216 de la Constitución Nacional.

### **Primer cargo**

"1º Que el decreto acusado viola los artículos 12 y 55 y 76 ordinales 1º y 2º de la Constitución Nacional en cuanto el Gobierno al hacer uso de las facultades previstas en el artículo 120-14 de la Carta, mediante la expedición del Decreto 677 de 1972, derogó leyes o decretos con fuerza de ley, arrogándose funciones propias del Congreso".

### **Segundo cargo**

"2º Que el decreto acusado implica adopción de un plan o programa de desarrollo, con lo cual se estructura una ilegalidad por falta de competencia y otra por vicios de procedimiento, en cuanto la adopción

de planes y programas le compete al Congreso mediante un trámite legislativo especial, señalado en la Constitución, todo lo cual entraña violación de los artículos 76 ordinal 4º, 80 y 120 numeral 14”.

#### **Tercer cargo**

“3º Que el sistema de valor constante consagrado en el decreto entraña la creación de un nuevo signo monetario, materia que le compete privativamente al legislador y en manera alguna el Gobierno, por lo cual se violó el artículo 76 numeral 15 de la Constitución Nacional”.

#### **Cuarto cargo**

“4º Que el Decreto 677 de 1972, en cuanto por él se crea la Junta de Ahorro y Vivienda, (artículo 40) organismo de composición oficial, que no puede crear sino el Congreso, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, es violatorio de esta última disposición”.

#### **Quinto cargo**

“5º Que los literales a) y b) del artículo 12 del acto acusado, constituyen una delegación de funciones, violatoria del artículo 135 de la Constitución”.

### **C. Proceso número 2153**

El actor pide que se decrete la nulidad de los artículos 1º, 2º, y 3º del Decreto 120 de 1974 (enero 28) por violación de los artículos 120-14, 43, 76 ordinales 13 y 22 de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación lo hace consistir:

**Primero.** En que el artículo 120-14 no asigna al Gobierno competencia para dictar normas de carácter tributario como las contenidas en los actos acusados, mediante los cuales si bien no se crea ningún impuesto, sin embargo entrañan el establecimiento de una deducción tributaria, la que sólo el legislador ordinario está en capacidad de consagrar.

**Segundo.** El artículo 120 numeral 14 no habilita al Gobierno para modificar las rentas nacionales, como se hace mediante las disposiciones acusadas, al sustraer las ganancias extraordinarias de la tributación nacional.

**Tercero.** Las disposiciones entrañan el reconocimiento de una deuda fiscal a los contribuyentes que, por su propia naturaleza, hace parte de la deuda nacional, con lo cual “el ejecutivo ha organizado el crédito público y ésta es materia que la Constitución Nacional hace depender de la rama legislativa, a través de la expedición de las llamadas “leyes cuadros”.

#### **La impugnación de las pretensiones**

Dentro del proceso 2150 se constituyeron en parte impugnadora los doctores Rodrigo Noguera Laborde y César Gómez Estrada quienes una vez obtenida la acumulación de los procesos expusieron las razones de su oposición a las pretensiones de los demandantes, al descorrer el traslado para alegar. Esas razones se sintetizan a continuación:

### Demanda del doctor Castro Perdomo

1º Solicitan en primer lugar los impugnadores que el Consejo se declare inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 13, y 15 del Decreto 678 porque sus disposiciones fueron subrogadas por el Decreto 1269 de 1972. En segundo lugar proponen la excepción de cosa juzgada en relación con el pronunciamiento que solicita el demandante respecto de los artículos 2º, 9º, 11, 12, 14 y 15 del mismo Decreto 678, porque el Consejo de Estado, en sentencia de mayo 6 de 1974 (expediente 1836) declaró su conformidad con las normas superiores que entonces se invocaron como violadas.

2º Aducen los impugnadores la interpretación que esta corporación hizo del artículo 120-14 en la referida sentencia según la cual, aunque la función que allí se atribuye al Gobierno pertenece al género de la intervención del Estado en la economía (Art. 32), sin embargo tiene una caracterización específica, en cuanto el ejercicio de este tipo de intervención no requiere el mandato del legislador. De ello concluyen que para expedir los decretos acusados no era menester ese mandato previo y que, por consiguiente, no los afecta el vicio de violación del artículo 32 de la Constitución Nacional, que les atribuye el demandante.

3º Manifiestan que no puede entenderse condicionada la función interventora del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional a la expedición de los planes de desarrollo económico y social en el sentido expuesto en la demanda,

“pues aparte de que la efectividad de tan trascendental instrumento de acción estatal habría quedado expuesta al capricho de riesgos puramente circunstanciales, como sería, por ejemplo, la no integración de la comisión especial permanente prevista en el artículo 80, la intervención misma habría quedado excluida en aquellas situaciones no contempladas por los planes de desarrollo económico y social, lo que sería un absurdo”.

4º Sostienen que la formulación del cargo contra las normas que autorizan la creación de personas jurídicas dedicadas al ahorro para fomentar la construcción por valor constante y el funcionamiento del FAVI, es incorrecta porque no se determinan los artículos que son objeto de la acusación, lo cual apareja falta de demanda en forma que le impide al fallador un pronunciamiento de mérito.

No obstante ese reparo, los impugnadores examinan el fondo de este planteamiento de la demanda y expresan:

a) Que el actor interpreta mal el artículo 50 de la Constitución Nacional, en cuanto lo estima comprensivo de las personas jurídicas y de las naturales, cuando a juicio de ellos esa disposición que alude al estado civil de las personas no puede predicarse sino de las personas naturales, razón por la cual no puede suponerse quebrantado por unas disposiciones que se refieren a las personas jurídicas;

b) Que esta corporación ya definió el alcance de las prescripciones del Decreto 678 de 1972, en el sentido de que por virtud de ellas no se crean las corporaciones de ahorro y vivienda, sino se dictan unas



regulaciones específicas de sus actividades en orden a promover el ahorro, lo cual constituye una de las formas de la intervención estatal prevista en el artículo 120-14 de la Constitución Nacional;

c) Que en cuanto a la creación del FAVI, se equivoca el demandante cuando afirma que las normas acusadas lo instituyeron como una persona jurídica, cuando la verdad es que se trata de un fondo o cuenta que funciona dentro del Banco de la República (artículo 6º del Decreto 677 de 1972) y que conforme a la definición del artículo 2º del Decreto 3130, no constituye una persona jurídica. De esta suerte, concluyen los impugnadores:

“No puede, entonces, existir violación de las disposiciones constitucionales que atribuyen al legislador la función de crear personas jurídicas distintas de las que nacen, sobre las bases legales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares. Y mucho menos del artículo 50 de la Constitución, que se señala como violado, porque atrás se vio que esta disposición sólo concierne a las personas naturales”.

d) Que la Junta de Ahorro y Vivienda tampoco es una persona jurídica como lo afirma el demandante, sino un organismo público colectivo con funciones de tipo consultivo que no la habilitan para adquirir derechos y contraer obligaciones ni para tener un patrimonio propio. Agregan que las normas creadoras de dicho organismo “constituyen un recurso técnico para el mejor cumplimiento de las disposiciones sustantivas previstas en los decretos acusados, y es bien sabido que los mandatos de este tipo siguen la suerte de los fundamentales (llamados también normas primarias o sustantivas), de suerte que si éstas son válidas, también lo son las que tratan de ejecutarlas”.

5º Sostienen los impugnadores que, contra lo afirmado por el actor y, dado que el FAVI es un simple fondo o cuenta bajo el manejo del Banco de la República, es éste y no aquél quien está en capacidad de obtener recursos a través de empréstitos internos y externos, con arreglo a la legislación y reglamentación preexistente para este tipo de operaciones. . . “pues ningún cambio se ha operado en el sistema de contratación de empréstitos”.

6º Sostienen los opositores que la unidad de poder adquisitivo constante, al tenor del artículo 2º del Decreto 1229 de 1972, es un simple medio para determinar una obligación pactada entre los depositantes y los deudores de las corporaciones, o “para hacer determinable en un momento dado el objeto de la obligación” y hacer, por consiguiente, válidas las declaraciones de voluntad contenidas en ese tipo de contrato; que en, tal virtud la “UPAC” cumple un papel análogo al de los títulos-valores sin ser un título-valor, en cuanto ésta y aquéllos son representativas de moneda nacional. Por consiguiente, concluyen: “las UPAC” son apenas un medio técnico para calcular una obligación en dinero y que este último es el que tiene poder liberatorio. Agregan que esas unidades no constituyen moneda porque no tienen curso forzoso, ni poder liberatorio y que tampoco tienen representación física bajo la forma de metal acuñado o de billetes, o sea, que carecen de los elementos esenciales de la moneda.

7º Sostienen que los artículos 20 y 21 del Decreto 677 de 1972, del 14 del Decreto 678 del mismo año y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto

120 de 1974 no infringen el artículo 29 del Decreto 437 de 1961, como afirma el demandante, porque el correctivo monetario no es una ganancia sino una compensación por el fenómeno del deterioro de la moneda, vale decir, que "los clientes o depositantes en las corporaciones de ahorro y vivienda no se enriquecen al recibir el correctivo monetario".

8º Dicen los impugnadores que en la demanda se incurre en una lamentable confusión porque no se distingue entre un **impuesto especial** y una **inversión forzosa** y que tal confusión conduce a suponer que el artículo 14 del Decreto 678 de 1972, en cuanto exime a las corporaciones de ahorro y vivienda de inversiones forzosas distintas de las allí previstas, es violatorio de los artículos 91 y 93 de la Ley 819 de 1960 en los cuales se señalan determinados impuestos especiales para las sociedades anónimas; agregan que de tales impuestos no están exentas las corporaciones de ahorro, y que éstas, en virtud de los mismos decretos acusados, son sociedades anónimas gravables también por concepto de los referidos impuestos, pues en ninguna de sus disposiciones se les libera de ellos.

9º Sobre el cargo de ilegalidad del artículo 2º del Decreto 1229 de 1972 por violación de los artículos 1º y 1516 del Código Civil, en cuanto se ha adicionado el Código Civil por un "decreto administrativo del Gobierno y no mediante una ley o un decreto extraordinario", sostienen los impugnadores que en ninguna parte la ley ha prohibido estipulaciones contractuales sobre la base de una corrección monetaria y que ellos tampoco riñen contra el orden público o las buenas costumbres. Agrega que tales convenios pueden celebrarse con fundamento en la autonomía de la voluntad y que, en la práctica son de frecuente ocurrencia. Por último afirman:

"la exigencia de que en los contratos que como depositarias o como mutuantes celebran las corporaciones de ahorro y vivienda, se estipula que las obligaciones en moneda legal se liquiden por el sistema de la UPAC, no es otra cosa que la manifestación del poder de intervención que el artículo 120, numeral 14, le concede al Presidente de la República.

En efecto, esa facultad de intervención permite regular el contenido de las relaciones jurídicas contractuales de que sean sujeto dichas corporaciones, porque tales relaciones constituyen expresión de la actividad que aquella norma autoriza intervenir, y eso es suficiente para que la norma acusada (Art. 2º del Decreto 1229 de 1972), teniendo así inmediato respaldo de validez en la Constitución, no pueda en modo alguno considerarse como violatoria de normas simplemente legales. Y si la obligatoriedad de aquella estipulación se impone por razón de ser parte en los contratos una corporación de ahorro y vivienda, y tiene el respaldo de validez señalado, en nada afecta en ese estado de cosas la circunstancia de que la otra parte contratante sea un particular o en general persona ajena a los poderes interventores aludidos, pues esa persona es libre de celebrar la relación contractual regulada por el decreto acusado".

#### **Demanda del doctor García Barrero**

Se oponen a la declaración de nulidad impetrada, porque el Decreto 120 de 1974 no es sino un desarrollo de lo previsto en el artículo

29 del Decreto 437 de 1961, reglamentario de la Ley 81 de 1960, como expresamente se dice en su artículo 1º y porque para dictarlo el Gobierno invocó además del artículo 120-14 todas sus facultades constitucionales, entre las cuales, está la del artículo 120-3º que le permitía precisar, para efectos tributarios, que al no ser la corrección monetaria un interés sino parte del capital ahorrado no podía gravarse como renta en cabeza del ahorrador y que debía reputarse como un valor deducible de la renta bruta en cabeza del deudor en UPAC. De todo ello deducen que los preceptos acusados tienen un carácter estrictamente reglamentario y que por lo tanto el Gobierno al dictarlos no desbordó el ámbito de su competencia.

### **El concepto del señor Fiscal primero de la corporación**

Advierte el señor Agente del Ministerio Público que, a pesar de la falta de claridad y precisión de la demanda contenida en el expediente 2150, así como de la circunstancia de no haberse tenido en cuenta en la correspondiente al proceso 2153 que varias disposiciones del Decreto 677 de 1972 habían sido modificadas o derogadas, se referirá a los cargos formulados en ellas a raíz del estudio que realizará sobre la demanda del expediente 2155. Con relación a ésta, expresa que su autor tampoco tuvo en cuenta las sustituciones y modificaciones de que han sido objeto muchos de los decretos demandados y menos aún que, con relación a uno de ellos existe un fallo del Consejo, anterior a la demanda. Agrega, "que en este libelo como en los dos anteriores, la mayoría de las acusaciones que se hacen son globales, es decir, no se establece en forma precisa, mediante la confrontación correspondiente, qué parte de la norma acusada viola la disposición que se indica como tal.

A continuación se sintetiza la opinión del colaborador Fiscal en relación con la demanda del doctor Castro Perdomo, en el mismo orden de los cargos en que éste los formula:

**Primero.** "Sobre lo anterior cabe preguntar, en qué parte del artículo 50 citado y transcrito se habla de personas jurídicas?

El estado civil de las personas, como muy bien lo explican los impugnantes en su alegato de conclusión (fl. 38 y ss. exp. 2150), no puede referirse sino a las personas naturales, y mal puede tratar de extenderse a las personas jurídicas para buscar el quebrantamiento de una norma constitucional, y precisamente de la que comienza el enlistado de las que en el libelo indican como violadas.

En manera alguna se viola pues, esta norma constitucional".

**Segundo.** Dice el Fiscal que este cargo es infundado porque la intervención prevista en el artículo 120-14 ha sido instituida como función constitucional propia del Gobierno y que, por lo mismo no requiere mandato del legislador.

**Tercero.** Sobre este cargo expresa:

"Se olvida el demandante que si bien al Congreso corresponde hacer las leyes, existe la delegación constitucional consagrada, entre otras normas, en la ya citada, del numeral 14 del artículo 120.

Llenándose las exigencias en éste establecidas, mal se puede hablar de violación del artículo 76, ni menos del numeral 22 del primer artículo citado.

“Además, no explica el demandante en qué forma se establece la creación de las personas jurídicas que anota, porque a juzgar por el contenido del artículo 8º del Decreto 677, allí no se crea ninguna persona sino que simplemente se dice que “para los efectos previstos en este decreto, funcionará en el Banco de la República un fondo de ahorro y vivienda...”, lo cual es muy distinto a la creación de una persona jurídica. De aceptar lo dicho por el demandante, serían personas todas las secciones necesarias para el funcionamiento de una entidad bancaria.

“Pero es más aún, aceptando en gracia de discusión que se tratara de una persona jurídica, el asunto ya fue acogido como viable por el honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha mayo 6 del año pasado.

“Tampoco es aceptable la acusación que se hace respecto al necesario sometimiento de leyes cuadros, pues como claramente puede establecerse, en aparte alguno de la Constitución se consagra tal presupuesto respecto a las normas que se acusan.

“No existe, en conclusión, la violación que se indica”.

**Cuarto.** A propósito de este cargo manifiesta:

“Lo dicho respecto de los acápite anteriores sirve para refutar el último concepto de violación enunciado. Además, sostener que las facultades “contenidas en el ordinal 14 del artículo 120 deben ser necesariamente ejercidas dentro de las directrices que señale la ley de planes de desarrollo económico y social y que en ningún caso estas atribuciones pueden ser ejercidas sin que tal plan haya sido adoptado por el Congreso” (fl. 27), es sostener algo que no sólo no tiene ningún respaldo positivo, sino que ello implicaría que el ejercicio de unas facultades constitucionales quedara condicionando a la aprobación y vigencia de otras normas de carácter legal. Como tal condición no ha sido expresamente consagrada, mal puede invocarse so pretexto de interpretar la norma. Precisamente esta es una de las diferencias de contenido entre los artículos 32 y 120, ordinal 14, de la Constitución Nacional. Mientras en el primero de estos artículos, expresamente se prescribe que la intervención se ejercerá “por mandato de la ley”, en el segundo no se consagra tal condicionamiento sino que se habla de “atribución constitucional propia” con lo cual se establece una fundamental diferencia.

“No se violan, por consiguiente, las normas indicadas”.

**Quinto.** Al respecto dice:

“No se dice en este aparte cuáles son las normas que adicionan el Código de Comercio, y sí, apenas, se hace una alusión ge-

neral que no permite precisar la violación acusada. Para rechazarlo de plano, no hace falta, por lo mismo, detenerse en su estudio”.

**Sexto.** Sobre este punto expresa:

“Como puede verse, en este cargo al mismo tiempo que se demandan todos los artículos del Decreto 677 de 1972, se impugnan igualmente los decretos que modifican y sustituyen algunas de sus disposiciones.

“También se acusa el Decreto 678 de 1972, respecto del cual ya profirió sentencia la misma Sala del honorable Consejo dentro del proceso instaurado por el doctor Francisco Eladio Gómez Mejía (expediente 1836).

“No obstante lo anterior y haciendo caso omiso de la posible sentencia inhibitoria que se dicte, o del acogimiento de la excepción de cosa juzgada, quiere abundar este despacho, acogiendo lo que en relación con la moneda ya dijeron en su alegato los ilustres abogados impugnantes, pues en verdad, el sistema UPAC no puede confundirse con el establecimiento de una nueva moneda, para lo cual, en realidad, no tendría facultades el Presidente de la República”.

**Séptimo.** En relación con este cargo dice:

“Repetidamente se ha dicho que el Decreto 678 ya fue objeto de demanda y pronunciamiento por parte del honorable Consejo. Las mismas citas que de algunas doctrinas hace el libelista, indican no sólo su existencia sino que se han vuelto a demandar las mismas normas a sabiendas de su anterior juzgamiento. Se da, pues, el evento de la cosa juzgada y así deberá aceptarlo la honorable Sala”.

**Octavo.** Sobre este cargo el señor Fiscal manifiesta un completo acuerdo con los argumentos de la parte impugnadora.

**Noveno.** Sobre la violación del artículo 1518 del Código Civil también manifiesta su acuerdo con las razones de la parte impugnadora.

Para terminar y a manera de resumen dice el señor Fiscal:

“1º Que las distintas demandas carecen de técnica. O porque se acusan disposiciones en forma global sin precisar la causal de nulidad ni establecer en qué consiste la violación de la norma que se indica como afectada.

“O porque se demandan normas ya modificadas o sustituidas por decretos posteriores.

O porque se acusan disposiciones que ya habían sido objeto de demanda y juzgamiento por parte del honorable Consejo de Estado.

“2º Si a pesar de lo anterior, considerase la Sala que respecto de algunos puntos no debe proferirse sentencia inhibitoria, sino de

mérito, el pronunciamiento debe ser denegatorio, por las razones al respecto ya expuestas y que por lo tanto tienen el carácter de subsidiarias”.

### Consideraciones de la Sala

En verdad, como advierten el señor Fiscal y la parte impugnadora, las demandas que dieron lugar a los procesos 2155 y 2150 adolecen de falta del rigor técnico deseable, en cuanto algunos de los cargos están formulados globalmente y no se determinan con la debida precisión las normas que se consideran comprendidas en el vicio de ilegalidad y en el concepto de violación que se señala. De otra parte, en la demanda 2155, del doctor Castro Perdomo, se pretende la nulidad indiscriminada de todos los decretos dictados por el Gobierno hasta el 21 de febrero de 1974 sobre la materia referida al sistema de ahorro de valor constante, excepción hecha del Decreto 299 de 1973 “por el cual se autoriza el funcionamiento de las asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo” y el 434 de 1973 “por el cual se autoriza la vigencia del Decreto 359 de 1973”; pero el actor no se tomó el trabajo de excluir de su pretensión aquellas disposiciones que fueron derogadas por otras cuya nulidad también ha impetrado, como es el caso de los artículos 3º a 7º del Decreto 678 de 1972, derogados por los artículos 1º y 2º del Decreto 1269 de 1972 y el artículo 28 del Decreto 677 de 1972, derogado por el Decreto 120 de 1974. Es evidente que, con relación a las normas derogadas, esta corporación no puede hacer ningún pronunciamiento de mérito, por sustracción de materia; en este caso la decisión de fondo ha de referirse a las disposiciones derogatorias expedidas antes de la presentación de la demanda.

Ocurre de otra parte que, después de formuladas las demandas acumuladas, se expidieron varias disposiciones que derogaron algunas de las que son objeto de la pretensión de nulidad a saber:

**Primero.** El 12 de agosto de 1974 el Gobierno recién instalado, en ejercicio también de la atribución contenida en el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, dictó el Decreto 1728 de 1974 en virtud del cual fueron derogados los artículos 6º, 8º, 9º y 10 del Decreto 1229 de 1972 y 4º y 5º del Decreto 359 de 1973, 8º y 9º del Decreto 1269 de 1972. Lo anterior significa que las disposiciones que se relacionan han perdido su virtualidad jurídica y, por lo tanto, el Consejo no puede tampoco hacer sobre ellas un pronunciamiento de mérito.

### La excepción de cosa juzgada

La proponen el señor Fiscal y la parte impugnadora con fundamento en el fallo pronunciado por esta corporación el 6 de mayo de 1974 en el cual no se accedió a declarar la nulidad de los artículos 1º, 2º, 9º, 10, 11, 12, 14, 16 y 17 del Decreto 678 de 1972, “por el cual se toman medidas en relación al ahorro privado”. El demandante en ese proceso afirmaba que las disposiciones del referido decreto contenían regulaciones sobre existencia, constitución y régimen de las personas jurídicas que sólo podía dictar el Congreso, en ejercicio de su función ordinaria de legislador, de lo cual deducía la violación del artículo 76 ordinales 1º y 2º en concordancia con el artículo 12 de la Constitución Nacional; asimismo consideraba que la intervención realizada al ex-

pedir el Decreto 678 de 1972 no podía calificarse como necesaria y que, por consiguiente tal decreto también era violatorio del artículo 120 de la Carta.

Entre las demandas de los procesos acumulados que son materia de esta sentencia, sólo en la formulada por el doctor Castro Perdomo se involucra en la pretensión, la nulidad del Decreto 678 de 1972, con lo cual, por este concepto concurre en el proceso 2155 uno de los elementos de la cosa juzgada, la identidad de objeto. Como el fallo de 1974 (expediente 1836) se pronunció en un proceso iniciado por acción pública, lo mismo que los ahora acumulados, la falta de identidad personal del demandante tampoco sería óbice para dar por configurado el fenómeno de la cosa juzgada aducida por el señor Fiscal y la parte impugnadora, ya que en tales procesos el actor obra en interés de la sociedad. Pero en cambio es evidente que no existe ninguna identidad en "la causa o razón de pedir" (causa petendi), pues el doctor Castro Perdomo afirma que con las normas acusadas, en cuanto "autorizan la constitución de las corporaciones de ahorro y vivienda, las reglamentan y legislan sobre sus deberes frente a los depositantes respectivos, se usurpó una prerrogativa del legislador sin facultad alguna para ello", razón por la cual se invoca como violado el artículo 50 de la Constitución Nacional y no los ordinales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución Nacional que invocó como violados el actor en el proceso sobre el cual recayó la sentencia antes mencionada. Es verdad que el doctor Castro Perdomo también aduce como violado el ordinal 2º del artículo 76, en concordancia con el ordinal 22 del artículo 120 de la Carta, por varios artículos del Decreto 677 de 1972 y con respecto al Decreto 678 de 1972 únicamente por el artículo 14. Pero el concepto de la violación lo hace consistir en "que el Gobierno al crear en los decretos acusados el Fondo de Ahorro y Vivienda está ejerciendo una atribución que no le es propia, pues le corresponde al Congreso, como titular único y exclusivo, la facultad de regular el crédito público. Lo mismo puede afirmarse de las otras normas demandadas en este capítulo". En estas condiciones resulta claro que difieren los cargos de ilegalidad y el concepto de violación formulados en uno y otro proceso, razón por la cual, falta la identidad causal que constituye elemento de la cosa juzgada al tenor del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y, por ello, la excepción propuesta no está llamada a prosperar. Así las cosas, aquella sentencia y la del 14 de junio de 1974, en cuanto contienen interpretaciones sobre el alcance de la función prevista en el artículo 120-14, apenas constituyen antecedentes jurisprudenciales en relación con los procesos acumulados que son objeto de esta decisión.

### Aspectos generales

En el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, norma nueva adoptada en la reforma constitucional de 1968, se consagra una función gubernamental que en el texto mismo se califica como de **intervención** sobre una materia de indiscutible contenido económico, como son "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", o sea que se trata de una función de intervención económica. Esta expresión tiene en nuestro derecho constitucional un sentido y un alcance perfectamente definidos en el artículo 32 de la Carta, en el cual se señalan no solamente el objeto de la intervención

estatal en la economía, sino también sus fines intermedios y últimos. Bajo una concepción política que reconoce y garantiza el principio de la libre empresa y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero que, a la vez, le reserva al poder público "la dirección general de la economía", la Carta no puede menos de concederle a aquél la competencia de intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y de los servicios, para lograr el desarrollo armónico o integral de la comunidad y realizar en ella la justicia social a través de medios que permitan su racionalización y su planificación. Tal es, pudiera decirse, la filosofía de la intervención económica, aplicable cuando quiera que la Constitución o la ley se refieran al fenómeno, ya sea con esta calificación, como se hace en el artículo 120-14, o con otra expresión análoga. Si el artículo últimamente citado habla de intervención en una materia de indiscutible contenido económico, no puede el intérprete desatender el sentido propio que a esa expresión le ha asignado el constituyente, ni tratar de entender la función que allí se atribuye como algo divorciado sustancialmente de los principios generales contenidos en el artículo 32. A propósito, es preciso tener en cuenta 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 en éstas su significado legal" (artículo 28 de la C. N.) y que "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 *ibidem*).

Si se repasan los antecedentes del ordinal 14 en estudio, se advierte que el germen de la disposición se encuentra en una sugerencia del senador Tovar Concha cuando, a propósito del examen de la facultad presidencial contenida en el numeral 15 del artículo 120 sobre inspección y vigilancia de los bancos e instituciones de crédito, expresó la conveniencia de darle una mayor profundidad, instituyendo una especie de interventoría "para realizar una labor en el Banco de Emisión en concordancia con el principio de planificación de la moneda". A ello replicó el senador Restrepo Piedrahíta que el término inspección es muy policivo y que el poder interventor se encuentra consignado por el artículo 32. A esta altura del debate el senador Tovar Concha perfila ya una iniciativa y dice que lo que él insinúa "es una intervención racionalizadora o planificadora" como una función propia del Presidente para cuyo ejercicio no sea menester un mandato de la ley; agregó el mismo senador la conveniencia de extender esta nueva función a otras entidades como las del ramo de seguros, los fondos mutuos de inversión, las empresas capitalizadoras. Como consecuencia de todo ello, en la sesión del 10 de noviembre de 1956 se aprobó como numeral 14 del artículo 120 una nueva función presidencial concebida en los siguientes términos: "Ejercer la intervención necesaria en el Banco de Emisión y las sociedades de inversión". Al numeral 15 se le introdujo entonces una modificación consistente en suprimir de su enunciación al Banco de Emisión y agregarle la expresión, los demás, para calificar a los establecimientos de crédito sometidos a la inspección y vigilancia gubernamental (ver actas Nos. 34 y 76 de los Anales del Congreso). Seis días después se modificó la fórmula adoptada así: "Ejercer como atribución constitucional propia la intervención necesaria en el Banco de Emisión



y en las actividades de inversión de capitales", para relieves que esa función no comprendía solamente a las sociedades de capital, sino también a las de personas, tanto nacionales como extranjeras (ver acta 36, Anales N° 80 junio 20 de 1967, páginas 1234/1235).

Posteriormente vuelve a reconsiderarse la cuestión a solicitud del senador Restrepo Piedrahita, porque él estima poco precisa la frase "actividades de inversión de capitales" y propone sustituirla por la siguiente: "intervenir 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". El mencionado senador sustentó su proposición así:

"Quiero recordar que al aprobar esta enmienda no tuvimos fortuna en precisar en las palabras el criterio que teníamos acerca de CIERTAS actividades de inversión de capital, y a esta expresión llegamos de manera muy apresurada. No se nos oculta que la expresión tal como está "actividades de inversión de capitales" ES DE TAL AMBIGUEDAD Y DE TAL AMPLITUD que no se aviene a sí misma con el actual régimen constitucional colombiano. INVERSIÓN DE CAPITAL PUEDE SER DESDE LA COMPRA DE UN SEMOVIENTE O UN TERRENO HASTA LAS MAS COMPLEJAS OPERACIONES FINANCIERAS O INDUSTRIALES. Hay conciencia en la Comisión de que esto HAY QUE PRECISARLO O CIRCUNSCRIBIRLO manteniendo el criterio inicial, y en consecuencia, después de haber estudiado el punto con expertos en estas materias, me he permitido redactar este texto sustitutivo, o sea el ya copiado atrás y que es el texto definitivo y actual del numeral 14 del artículo 120".

En repetidas ocasiones, durante el debate, el senador Darío Echandía planteó la inquietud sobre la inutilidad del precepto propuesto y la tautología que se derivaría de su consagración, pues si se trataba de una intervención del Estado, nada nuevo se institucionalizaría si en el artículo 32 se prescribe que la intervención requiere mandato, otorgado por medio de la ley. Así se expresó el distinguido senador:

"¿Ejercer la intervención? Lo que pasa con la intervención es que el otro artículo dice que es por mandato de la ley, y aquí se trata de la definición o enumeración de las funciones que le corresponden por la Constitución al Presidente de la República en el contralor (sic) que aprobamos antes el Gobierno tiene derecho de intervenir por mandato de la ley. Esta inspección es sin ley, es una facultad constitucional del Gobierno, la otra la intervención es por mandato de la ley.

Yo lo que digo es esto: **si la intervención que se va a ordenar aquí o a autorizar, va a ser la del artículo 32, es decir por mandato de la ley, si sobra repetir aquí, porque la intervención del artículo 32 es universal, sobre todos los bienes y servicios públicos y privados para racionalizarlos.** El artículo indudablemente está de acuerdo con las nuevas disposiciones.

Doctor: yo lo que quiero es que me haga el favor de precisarme esto: vamos a ordenar aquí la intervención. Es la misma intervención del artículo 12 (sic) es decir, requiere mandato de la ley o

es una autorización constitucional que se le da al Gobierno, sin intervención del legislador; una autorización constitucional para el Presidente de la República sin autorización del poder legislativo. Porque si fuera por mandato de la ley sí no se necesitaría”.

Esta consideración del senador Echandía y la insistencia del senador Tovar Concha de que la intervención proyectada no debería requerir el mandato previo del legislador, determinaron que se agregara a la fórmula hasta entonces acordada el calificativo de “atribución constitucional propia” del Presidente, con lo cual quedó estructurada una función genéricamente intervencionista, pero con un régimen específico en cuanto que su ejercicio no requería mandato previo.

Estos antecedentes permiten concluir que la nueva función que se creaba no era de simple inspección y vigilancia sino de intervención, como se la calificó expresamente y que ese tipo de intervención no era de naturaleza diferente a la del artículo 32; sólo que para ejercerla no se exigía el mandato previo del legislador y por ello se la instituía como atribución constitucional **propia** del Gobierno.

Contra la opinión que, a pesar de estos antecedentes, continúa insinuándose en el sentido de calificar la nueva función creada en 1968 como una especie de inspección y vigilancia, ampliada o profundizada, hay además un argumento incontrovertible, a juicio de la Sala: que si tal hubiera sido el propósito de los constituyentes no habría sido menester una reforma constitucional para lograrlo; mediante una simple reforma de la legislación ordinaria, el Congreso, con plenas facultades constitucionales para hacerlo, hubiera podido mediante una simple ley asignarle al Gobierno mayores poderes para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia sobre el Banco Emisor y las instituciones de crédito dedicadas al manejo del ahorro privado, pues le compete al Congreso señalar el cauce, los canales, la intensidad, etc., de aquella función que el Gobierno ha de ejercer conforme a las leyes. Bastó que en la misma legislatura de 1968, advirtiera el Congreso la necesidad de dotar al Gobierno de poderes más amplios de inspección y vigilancia sobre las sociedades que se dediquen a “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” para que se expidiera la Ley 66 de 1968, en virtud de la cual se facultó al Gobierno hasta para tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de tales personas, disponer su liquidación, el embargo y secuestro de bienes, etc. En este caso el legislador consideró que dentro de su atribución constitucional de regular el ejercicio de la función de inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles podía dotar al Gobierno de amplísimos poderes para proteger a los usuarios de ese tipo de crédito y de servicios. Entonces, si lo que se pretendía con la propuesta del doctor Tovar Concha y con la fórmula adoptada por la comisión era algo de alcance igual o análogo, como sostienen algunos, cuál era la necesidad de la reforma del numeral 15 del artículo 120?

La intervención del Estado en la economía es una ingerencia del poder público en una cualquiera de las fases del proceso económico,

con el fin de producir consecuencias o efectos, también de tipo económico y que se traduce en limitaciones de la actividad privada, o de la libre empresa. Difiere sustancialmente de otro tipo de ingerencias del mismo poder público en las actividades privadas con finalidades que no tienen un sentido económico, al menos directamente sino una significación de prevaleciente alcance jurídico, para conciliar el ejercicio de la libertad individual con la libertad de los demás y con los derechos de la comunidad. De este último tipo son los diversos controles que en nuestra Constitución se conocen bajo la denominación genérica de inspección y vigilancia (artículos 36, 39, 41, 120 numerales 12, 15, 19) y que son como la emanación natural de la soberanía dentro de la concepción tradicional del Estado liberal.

En cambio, la intervención en la economía responde a un nuevo atributo estatal que resulta del papel activo que debe asumir el poder público para procurar que la libertad no sea algo puramente formal, sino una verdadera realidad, un hecho auténtico en la vida social. Por ello la intervención desborda el simple control de la pura legalidad y se expresa en actos que persiguen un resultado económico concreto: aumento de la producción, incremento cualificado de la misma, redistribución del ingreso, aumento del poder adquisitivo del consumidor o de la demanda, etc.

Los medios para realizar la intervención son de una gran variedad cualitativa y su intensidad puede ser mayor o menor según lo permita la concepción del Estado que se haya adoptado en la Carta fundamental. Pueden consistir en simples estímulos a la iniciativa privada (tributarios o de otra clase), de fomento a través de asistencia técnica y de crédito, de auxilios oficiales; puede consistir en una actividad de organización y de coordinación para canalizar y encauzar la producción hacia determinados objetivos mediante la institucionalización de instrumentos adecuados para el efecto; pueden manifestarse también en el establecimiento de controles de precios, de tarifas o de calidades. Ya en un plano de mayor profundidad, esos medios pueden expresarse en una coparticipación del Estado con la iniciativa privada, a través de las llamadas empresas de economía mixta, o en la organización de empresas puramente estatales que entren en competencia con los particulares dedicados a la misma actividad (empresas industriales y comerciales del Estado) y que, incluso impliquen la eliminación de esa concurrencia en determinados sectores de la economía, porque se considera que dada la trascendencia social de la necesidad, sea aconsejable que el Estado asuma exclusivamente la prestación de los servicios que deban satisfacerla. En este orden de ideas la intervención estatal ha llegado en el mundo contemporáneo hasta la socialización de los medios de producción, como ocurre en los Estados socialistas.

Es evidente que en Colombia no es constitucionalmente posible que la intervención del Estado pueda alcanzar este último grado, máxime si nuestra organización política parte del supuesto, reconocido hoy de manera expresa en la Carta y garantizado en ella, de la existencia de la iniciativa privada y de la libertad de empresa. Pero como al Estado se le asigna una función de dirección general de la economía para procurar el bien común, en razón de lo cual se le reconoce aptitud para tomar ingerencia activa en el proceso económico, es indiscutible que resultan jurídicamente factibles las formas restantes de intervención.

En ciertos campos, como el del transporte férreo, los servicios de energía, acueducto, las comunicaciones telefónicas, telegráficas y postales, la intervención estatal ha significado el desplazamiento total de la iniciativa privada. En otros, como la industria bancaria, el Estado concurre con ella, a través de instituciones oficiales de crédito; en la esfera comercial se han instituido organismos de distribución de productos esenciales de consumo, también concurrencia con la iniciativa privada. En la producción de bienes el Estado participa con la iniciativa privada en la creación de empresas (minería, hidrocarburos industriales del acero, etc.).

Obviamente, las otras formas de intervención que presentan un grado inferior de intensidad, son igualmente factibles dentro de nuestra organización constitucional.

Se ha ensayado la breve descripción que antecede, no sólo para relieves la diversa tipología que presentan los medios a través de los cuales se puede realizar la intervención estatal, sino también para mostrar objetivamente que ellos están destinados a obtener cambios efectivos en el proceso económico, que su adopción comporta limitaciones más o menos profundas en la gestión empresarial y que, por consiguiente, entrañan restricciones en el ejercicio de la libre iniciativa privada. Resulta entonces patente la sustancial diferencia con los controles de tipo puramente legal a los cuales se hizo referencia antes.

En el proceso de intervención económica del Estado se distinguen con claridad tres tipos diferentes de decisión, a saber: en un primer momento debe hacerse un juicio sobre la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de la intervención; la decisión correspondiente es de naturaleza política y habida cuenta de ello, el artículo 32 de la Constitución Nacional se la atribuye al Congreso, quien la adopta mediante la ley que confiera el mandato de intervención y señale el ámbito económico que ella deba cubrir y los fines específicos que deben perseguirse. En una segunda fase corresponde elegir los medios idóneos para alcanzar los fines específicos previstos en la ley del mandato; antes de la reforma constitucional de 1945, esta decisión también era de competencia del Congreso, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia contenida en sentencia del 4 de septiembre de 1939 G. J. N° 1950 Pág. 611. Pero como en el año 45 estimó el constituyente que la rama ejecutiva era la mejor dotada para la elección de tales medios y, en atención a que éstos debían tener una versatilidad compatible con el ritmo del proceso económico, versatilidad que no podía darle la ley formal, se le asignó esta función al Gobierno.

Como quiera que la selección de medios supone necesariamente limitaciones a la actividad que las leyes le hayan reconocido a los particulares, resulta indiscutible que la nueva competencia asignada, conlleva un poder normativo con fuerza equivalente a la de ley formal, porque de no ser así, el ejercicio de la atribución ejecutiva quedaría menguado y, en la generalidad de la veces, podría tornarse imposible. Por consiguiente, es preciso concluir que los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de la potestad de intervención económica tienen fuerza de ley.

El tercer momento, corresponde al de la realización o ejecución de las medidas adoptadas; sobre este aspecto no vale la pena detenerse,

porque se trata de poner en obra los medios ya aceptados vale decir ejecutarlos, para lo cual el Gobierno dispone de una competencia que la Constitución le asigna de manera permanente y ordinaria.

En relación con los tres momentos que se han descrito, la innovación introducida por el artículo 120-14 incide sobre el primero únicamente, en cuanto la intervención "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", no requiere el mandato previo del legislador, pues se la instituyó como función **propia** del Gobierno.

De esta suerte, si el Gobierno dicta un decreto de intervención en esta esfera de la economía, en él está implícito el juicio político sobre la conveniencia, la necesidad o la oportunidad de intervenir y sus disposiciones normativas, en las cuales se determinan los medios de la intervención, tienen igual jerarquía que la ley formal, como ocurre en la intervención genérica del artículo 32, pero con una salvedad de señalada importancia que se deriva del carácter excepcional que tiene el precepto contenido en el artículo 120-14, en relación con el régimen general de la intervención prescrito en el artículo 32, y de la determinación muy precisa que la propia Carta hace en relación con el ámbito de aquella intervención, en cuanto la limita a la actividad de las personas que allí se mencionan.

La corporación, a propósito de este tema, expresó en sentencia de mayo 6 de 1974 lo siguiente:

"Limitando el examen de la cuestión a las previsiones del artículo 120 numeral 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 Código de Comercio, ni sustraer a las sociedades sobre las cuales recaiga su intervención del régimen de inspección y vigilancia previstos en el mismo Código o en la ley bancaria, ni derogar ni modificar las normas fundamentales que estructuran los diversos tipos de sociedades (títulos III, IV, V, VI y VII del C. de Comercio) porque allí está prefijada por el legislador la **estructura fundamental** de las sociedades.

"Pero respetando ese 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 en el artículo 120 numeral 14 de la Constitución, disposiciones que incidan sobre el monto del capital, o normas de carácter simplemente formal e instrumental que no entrañan modificaciones a la estructura básica del régimen legal vigente". ("Revista de derecho colombiano", Pág. 609).

En este orden de cosas, la Sala considera importante precisar que no es dado al Presidente en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, ni modificar o derogar leyes que no se hallen en contraposición con la necesaria intervención de que trata dicho numeral, ni variar la estructura interna o la organización de las personas jurídicas cuyas actividades son objeto de intervención, si bien puede, en cuanto sea necesario para el correcto ejercicio de ésta, cambiar la entidad que ha de constituir el medio o instrumento de la referida intervención.

### **Rasgos fundamentales del sistema de valor constante creado y organizado por los actos acusados**

**A. Finalidades.** En los considerandos del Decreto 677 se indica que el sistema persigue estimular y fomentar el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción y la de producción de materiales para la misma (Art. 1º, Decreto 210 de 1974). Porque estas industrias acusaban síntomas de decaimiento que venían agravando el desempleo y aumentando el déficit de la vivienda, se estimó que era menester impulsarlas prioritariamente, pues no requiriendo de materia prima importada no exigían desembolsos en divisas y en cambio podrían absorber mano de obra no calificada con rapidez y en magnitudes superiores a la de cualquier otra rama industrial, a la par que se satisficiera una demanda latente muy apreciable y muy elástica, con el consiguiente aumento en la demanda para las demás industrias productoras de bienes y servicios, todo lo cual se debería traducir en bienestar general.

**B. Los medios.** Con el ahorro existente no era posible cumplir esas finalidades. La tasa de interés del 4% reconocida al ahorrador, se había vuelto negativa frente al alza general de los precios, de suerte que quien ahorraba se condenaba a un empobrecimiento creciente del cual se aprovechaban los usuarios del crédito suministrado con base en esos ahorros. Este desestímulo estructural estaba produciendo una disminución considerable en el monto del ahorro, de suyo ya muy bajo. Dada esta situación, en los decretos acusados se perfilan los siguientes medios para cumplir las finalidades antes señaladas:

#### **1. Aumento de la tasa de interés.**

Al 5% para las cuentas de ahorros de valor constante y al 5½% para los certificados de ahorro (artículos 8º, Decreto 1229 de 1972 y 4º del Decreto 359 de 1973).

#### **2. La unidad de poder adquisitivo constante (UPAC).**

Con un valor inicial de \$ 100.00, a 15 de septiembre de 1972, que oscilaría según el promedio del índice nacional de precios al consumidor para empleados y obreros elaborado por el DANE (artículos 3º y 1º del Decreto 969 de 1973). La operancia de la UPAC puede describirse sistemáticamente así: un capital de \$ 100.00 ahorrado en UPAC, al cabo de un año, valdría \$ 120.00 si el índice de precios hubiere aumentado durante ese lapso en un 20%, manteniéndose la intangibilidad del capital en términos monetarios reales. Por otra parte, como la tasa de interés se liquida sobre los saldos mínimos representados en UPAC, el

capital para calcular el monto de los intereses, incluye el incremento nominal producido por el alza general de precios.

A la vez, el usuario del crédito se obliga a pagar intereses a una tasa del 8.5% (créditos individuales hipotecarios) y a una tasa del 9% (créditos a constructores) más el incremento nominal causado por el alza de los precios.

Según los decretos acusados, la UPAC es una unidad de cuenta y de registro (Art. 1º del Decreto 1229 de 1972) que sirve de instrumento para mantener el equilibrio en términos de valor real de las obligaciones crediticias, mediante su estipulación a través de una cláusula especial del contrato. (Arts. 2º y 3º del Decreto 1229 de 1972).

### 3. Estímulos tributarios.

a) Desde el punto de vista del ahorrador se precisó que el mayor valor proveniente de la corrección monetaria no constituye enriquecimiento con la consecuencia de no ser gravable como renta, sino como patrimonio;

b) Desde el punto de vista de los deudores se estableció que el valor de lo pagado por concepto del reajuste monetario sería deducible de la renta bruta aunque no tuviere relación de causalidad con ella, con el fin de aliviar por la vía fiscal y en alguna medida, el impacto de la corrección monetaria sobre los ingresos del usuario del crédito.

### 4. Las corporaciones de ahorro y vivienda.

Para el manejo del sistema los decretos acusados prevén la existencia de estas corporaciones, cuya creación se deja a la libre iniciativa privada. Al Banco Central Hipotecario se le autoriza especialmente para crear una filial suya (artículo 1º del Decreto 678 de 1972). Se las define como sociedades por acciones, que tendrán "la misma naturaleza social de los establecimientos bancarios y, en consecuencia, se regirán por las normas atinentes a éstos y, en lo no previsto, por las relativas a las sociedades anónimas. Se dispone que la Superintendencia Bancaria ejercerá su inspección y vigilancia en los términos de los artículos 75 y siguientes de la Ley 45 de 1923 (artículo 2º ibídem).

Entre los rasgos específicos que en las disposiciones acusadas se le asignan a las corporaciones de ahorro y vivienda pueden mencionarse; las siguientes:

a) La relación que deben mantener entre el capital pagado, las utilidades no distribuidas y las reservas de una parte y el total de sus obligaciones para con el público de otra, así como entre los préstamos para construcción y el capital pagado, sus reservas y sus obligaciones para con el público (Art. 5º del Decreto 2716 de 1973, 9º del Decreto 1269 de 1972 y 8º del decreto de 1973);

b) Limitación de la cuantía de los préstamos a la construcción (párrafo artículo 9º del Decreto 1269 de 1972); y

c) Capital mínimo de \$ 30.000.000.00 para su constitución (Art. 9º del Decreto 678 de 1972);

d) Posibilidad de limitar por acto gubernamental el número de corporaciones de ahorro y vivienda y de señalar los criterios que deben orientar la autorización de su funcionamiento (Decreto 1458 de 1972);

e) Limitación de la participación de bancos; compañías de seguros y sociedades de capitalización en las corporaciones de ahorro y vivienda hasta un determinado porcentaje del capital y reserva de éstas;

f) Exención para las corporaciones de ahorro y vivienda del régimen general de inversiones forzosas y garantías especiales de liquidez.

### **5. La Junta de Ahorro y Vivienda.**

Es un organismo gubernamental del cual hacen parte los Ministros de Hacienda y Desarrollo Económico, el Jefe del Departamento de Planeación y el Gerente del Banco de la República y los representantes del Banco de la República. A la junta se le asignan funciones de asesoría y consulta, que la habilitan para proponer al Gobierno regulaciones y reglamentaciones generales sobre el sistema de valor constante. Así mismo, se le otorgan atribuciones para promover y fomentar este tipo de ahorro y para coordinar las actividades de las personas dedicadas a su manejo.

### **6. El Fondo de Ahorro y Vivienda.**

Es un instrumento para la financiación del sistema, sometido a la administración del Banco de la República; sus recursos provienen de las siguientes fuentes: el crédito público, el producto de las operaciones que ejecute, las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional y las que le destine el Banco de la República. Su función esencial es la de servir de instrumento financiero de las corporaciones de ahorro y vivienda y su manejo como fondo especial de crédito debe hacerse en forma separada de los demás recursos del Banco de la República.

### **Modificaciones introducidas al sistema**

A. El sistema de valor constante, tal y como quedó diseñado en los decretos acusados fue objeto de algunas modificaciones con posterioridad a las demandas acumuladas, materia de esta sentencia, que se sintetizan así:

El nuevo Gobierno, instaurado el 7 de agosto de 1974 haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 120-14 de la Constitución Nacional expidió el Decreto 1728 de 1974 por medio del cual se dispuso:

1º Que la corrección monetaria no podrá exceder del 20% anual; este tope es hoy del 18% en virtud del Decreto 1658 de 1976 artículo 2º, también dictado en ejercicio de la misma atribución constitucional.

2º Que las corporaciones de ahorro y vivienda sólo reconocerán un interés sobre los recursos captados de un 14% en cuentas de ahorro y de un 5% en certificados de ahorro (Decreto 1685 de 1975, Art. 20).

3º Que los certificados de ahorro deben tener una duración mínima de seis meses.



4º Que los usuarios del crédito de valor constante sólo pagarían un interés del 8% anual en préstamos individuales hipotecarios y del 9% anual en préstamos a constructores.

5º Que las corporaciones de ahorro y vivienda deberían tener un encaje del 10% sobre el depósito y del 15% sobre cuentas de ahorro, representado en obligaciones de valor constante, sin interés emitidas por el FAVI.

6º La relación entre los préstamos y los recursos captados se determinan así: aquéllos no podrán exceder de 1.20 por cada \$ 1.00 de éstos.

7º La relación entre capital pagado y reservas saneadas frente a las obligaciones para con el público se determinó así: 5% en 1975, 7% en 1976 y 10% de 1977 en adelante.

8º Limitación del crédito individual hasta el 80% del valor de la vivienda siempre y cuando aquél no exceda a 3.000 UPAC (Decreto 1685 de 1975).

B. Mediante los decretos legislativos dictados en ejercicio de las facultades constitucionales del artículo 122 (emergencia económica), se le introdujeron las siguientes modificaciones al sistema UPAC:

1. Se hizo deducible de la renta la totalidad de los costos financieros del préstamo de vivienda contraído en UPAC (Art. 47, Decreto 2053 de 1974) y del préstamo para la adquisición de activos movibles o para la inversión en actividades generadoras de renta.

2. Se asimilaron a ganancia ocasional, los valores que obtuviera el ahorrador por razón de la corrección monetaria en unidades de poder adquisitivo constante, con excepción de los liquidados antes del 31 de diciembre de 1974 (Art. 102, Decreto 2053 de 1974).

Sin embargo, por medio del Decreto 2247 de 1974 artículo 58 el gravamen de ganancia ocasional se limitó a la parte de la corrección monetaria que exceda de un 8% anual, pero con la exclusión por seis meses de los depósitos a término, constituidos antes del 30 de septiembre de 1974.

Además de los decretos ya mencionados, también se dictaron con fundamento en el artículo 120-14, los siguientes:

1. Decreto 1731 de 1974 "por el cual se interviene en la actividad de las compañías de seguros y de otras entidades financieras mediante la autorización para invertir en depósitos a término de las corporaciones de ahorro y vivienda.

2. Decreto 2404 de 1974 por el cual se convierte la Corporación Central de Ahorro y Vivienda del Banco Central Hipotecario en una simple sección de esa institución, a la cual le son aplicables las disposiciones sobre el sistema de ahorro de valor constante. Por medio del Decreto 1071 de 1975 se autorizó al Banco para hacerse cargo de los activos y los pasivos de la Corporación Central.

### Examen de los cargos

**Aspectos generales.** La descripción del sistema de ahorro de valor constante, instituido en los decretos acusados, le permite a la Sala concluir que lo establecido en ellos es un estímulo para fomentar el ahorro y para producir unos efectos tangibles y determinados sobre la economía nacional, en orden a promover el desarrollo y a solucionar por la vía que se consideró menos gravosa y más expedita un grave problema de desempleo creciente. No le compete a la Sala precisar la bondad misma del sistema, ni sus resultados, pero sí calificar su naturalza en función constitucional para esclarecer si los actos acusados desbordan o no las disposiciones de la Carta fundamental y en este orden de ideas, no cabe duda que las disposiciones que constituyen el objeto de la pretensión de nulidad en los tres procesos acumulados configuran un típico acto de intervención económica en la esfera del llamado "ahorro institucionalizado" en cuanto a través del valor constante se persigue acrecentar la captación de ahorro, desestimulado antes por la depreciación monetaria y orientarlo hacia un tipo de industrias que absorba mayor cantidad de mano de obra no calificada, en el término más breve y sin ninguna inversión de moneda extranjera.

En cuanto al grado de esta inversión no puede decirse que sea de la mayor profundidad, porque apenas si se traduce en estímulos a la iniciativa privada, en instrumentos de canalización y de orientación del ahorro hacia determinadas esferas de la producción y del establecimiento de mecanismos financieros en la esfera oficial, para propiciar el funcionamiento del sistema. En lo fundamental, las disposiciones acusadas regulan la actividad de una clase de personas jurídicas que los particulares pueden constituir o no, sin constricción alguna del Estado. El objeto único de esas personas jurídicas es la captación del ahorro por el sistema de valor constante para transferirlo en forma de préstamo a los industriales de la construcción, de la urbanización y para la producción de bienes que requieren esas industrias, así como para financiar la adquisición de vivienda mediante préstamos individuales. Quiere ello decir, que las normas acusadas se refieren en lo sustancial a la actividad de una especie de los llamados intermediarios financieros.

En términos generales, por lo tanto, cabe afirmar que por los conceptos indicados el régimen del sistema del valor constante se enmarca perfectamente dentro de los precisos límites que señala el numeral 14 del artículo 120 cuando dice: "corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa... 14. 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**" (subraya la Sala).

**Primero.** En este acápite se agrupan los siguientes cargos: el primero y el cuarto del proceso 2150 y el 1º y 5º del proceso 2155, en cuanto al expedir los decretos acusados y, específicamente al dictar normas concernientes al régimen de las personas jurídicas, el Gobierno se habría arrogado una función propia y ordinaria del Congreso, derogando por medio de decretos que no tienen fuerza de ley, disposiciones dictadas por éste, muchas de las cuales están contenidas en Códigos como el de comercio y que por tal motivo se incurrió en violación de los artículos 12, 50, 55, 76, numerales 1º y 2º.

Cuando se analizó en esta misma sentencia la naturaleza jurídica de los poderes o facultades atinentes a la intervención del Estado en la economía, se demostró que los actos gubernamentales en virtud de los cuales se prescriben y señalan los medios de la intervención tienen indiscutible fuerza de ley, no sólo porque el constituyente desplazó ese atributo del Congreso a la rama ejecutiva con todas sus implicaciones jurídicas, sino porque, de no ser así, la intervención se haría irrita e innocua conclusión esta última, inadmisibles para el intérprete.

Naturalmente que ese poder normativo con fuerza legal, común al género de la intervención económica del artículo 32 y a la específica que prevé en el artículo 120-14, cuya finalidad es habilitar al Gobierno para realizar una intervención efectiva, facilitándole los instrumentos jurídicos suficientes para remover o superar las barreras de orden legal que le pueden impedir en determinado momento seleccionar los medios más adecuados de intervenir, tiene sus limitaciones: en primer lugar, no puede entenderse como una potestad general para cambiar o modificar la legislación preexistente, sino como una facultad cuyo uso sólo está legitimado por la necesidad de hacer operante y práctica la intervención propuesta. Vale decir que el Gobierno so pretexto de los poderes de la intervención, no podría válidamente derogar o subrogar las leyes, si tal derogatoria o subrogación no está ordenada a la eficacia de la intervención dispuesta.

Una segunda categoría de limitaciones deriva del ámbito que la Constitución o la ley le hayan determinado a la intervención gubernamental. En el caso del artículo 32 ese ámbito lo señala el Congreso en la ley del mandato y en la hipótesis del artículo 120-14 lo señaló, previamente, el constituyente en la forma estricta como se examinó en otra parte de este fallo con la circunstancia muy especial de que por el carácter excepcional, de la disposición últimamente citada y la consiguiente interpretación restrictiva que de él se deriva, tales limitaciones deben suponerse aún más rigurosas.

Dentro de este criterio procede la Sala a examinar el cargo, según el cual el Gobierno se arrogó atribuciones propias del Congreso al crear personas jurídicas de derecho público, y a variar el régimen legal de las de derecho privado. En cuanto a lo primero no es exacta la afirmación de la demanda porque los actos acusados no han creado ningún ente con personería jurídica, pues el Fondo de Ahorro y Vivienda es como su nombre lo indica un simple fondo y, como tal, apenas "un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos señalados" (Art. 2º del Decreto 3130 de 1968). Los decretos acusados no lo dotan de personería jurídica y, por lo tanto, no puede reputársele como establecimiento público, según voces del inciso 2º del artículo citado.

La Junta de Ahorro y Vivienda, constituida por varios ministros del despacho, otros funcionarios públicos y por dos agentes del Presidente de la República, es un organismo que carece igualmente de todos los atributos inherentes a las personas de derecho público y que apenas está dotado de la calidad de entidad asesora, con algunas atribuciones mínimas de ejecución.

En cuanto se refiere a la extinta Corporación Central de Ahorro y Vivienda sobra todo examen, por sustracción de materia.

Por lo demás, también resulta evidente para la Sala que la creación de los organismos en referencia, obedeció a la necesidad de instituirlos como instrumentos indispensables de la intervención prevista en los decretos acusados.

En relación con las personas de derecho privado, es preciso tener en cuenta que el Gobierno no las ha creado por ministerio de los actos acusados, sino que ha encauzado la facultad legal y constitucional de los particulares para constituir las libremente. Ese cauce legal, en lo que tiene de específico, tampoco ha significado un cambio en lo fundamental del régimen legal de las sociedades comerciales o de crédito. Al respecto, los decretos acusados, en la parte hoy en vigencia, hacen una remisión general al régimen bancario y al de las sociedades anónimas, para los efectos de su constitución y funcionamiento ordinario y las notas específicas que en ellos se consignan, no sólo se inspiran en la necesidad de regular sus actividades de forma tal que puedan cumplir a cabalidad los objetivos de la intervención en el ahorro, a través del sistema de valor constante, sino que no alteran las categorías legales previstas en el régimen ordinario de las sociedades comerciales y de los establecimientos de crédito. Por estas razones, la Sala estima que las disposiciones acusadas, cuya fuerza legal es indiscutible, no implican violación de ninguna de las disposiciones constitucionales que señalan los demandantes, por los expresados conceptos.

**Segundo.** Se examina el 2º cargo, formulado dentro del proceso 2155. No se configura tampoco el cargo global de violación del artículo 32 de la Constitución por la ausencia del mandato legal, porque la intervención se realizó con fundamento en el artículo 120-14, dentro de los límites en él consagrados, razón por la cual no era menester el mandato del legislador si, como ya se dejó establecido, en este caso el ejercicio de la atribución constitucional, en cuanto "propia" no supone el mandato previo del Congreso.

**Tercero.** En este acápite se estudia el cargo 3º formulado en el proceso 2155 y el 3º del expediente 2153.

El cargo es infundado porque los decretos acusados no se refieren al crédito público, sino al crédito particular; en efecto, se regula un tipo de crédito a particulares, otorgado por entidades privadas con base en el ahorro que éstas captan de los particulares. En cambio las leyes cuadros o normas generales a que alude el artículo 76 de la Constitución Nacional en su ordinal 22, que se reservan a la competencia del Congreso, son las orgánicas del crédito público, de los cambios internacionales, del comercio exterior y del régimen arancelario y aduanero.

La facultad asignada al FAVI, a través del Banco de la República, para negociar empréstitos internos o externos (Art. 13, Decreto 677 de 1972), en concordancia con los artículos 9º y 10 ibídem, es una simple autorización que no puede entenderse concedida sino dentro del marco legal ordinario que rija en la materia; por consiguiente, no puede estimarse violatoria de las Leyes 123 de 1959, 9ª de 1962 y 18 de 1970.

**Cuarto. Los cargos 2º del proceso 2150 y 4º del 2155.** Violación del artículo 76 ordinal 4º, en concordancia con el artículo 118, ordinal 3º y el artículo 80 de la Constitución Nacional y, asimismo, violación del artículo 120-14 del mismo estatuto, por los siguientes conceptos: a) En cuanto los decretos acusados implican la adopción de un plan o programa de desarrollo cuya expedición compete al Congreso por los procedimientos señalados en la propia carta; y b) Por cuanto las facultades del Presidente, contenidas en el artículo 120-14, sólo pueden ejercerse dentro de las directrices que señala la ley del plan y que, en ningún caso, puede hacerse uso de ellas sin la previa adopción del plan por el Congreso.

El cargo plantea el problema de la relación entre la función interventora y el plan de desarrollo económico y social. Es indiscutible que, en principio, la intervención económica debe subordinarse a los planes de desarrollo, pues así lo prescriben, tanto el artículo 32 como el ordinal 4º del artículo 76. Pero esa subordinación supone como es obvio, la preexistencia del plan; mas si por cualquier circunstancia éste no existe, como ocurre en la actualidad, bien porque el Gobierno no presentó el proyecto, porque habiéndolo presentado no se ha constituido la comisión del plan y, en consecuencia, resulta imposible imprimirle al trámite del proyecto el impulso inicial que habilite al Gobierno para ponerlo en vigencia. Si las Cámaras no actúan dentro de los términos señalados en la Constitución, es preciso entender entonces que, en cuanto exista el mandato de intervención (artículo 32) o en cuanto se estime que es necesaria la intervención en la actividad de las personas que tengan por objeto el manejo... del ahorro privado (artículo 120-14), el Gobierno debe intervenir. Una conclusión en contrario significaría la posibilidad indiscutible de que por la simple ausencia del plan, el Estado quede reducido a la impotencia y a la condición de mero espectador en el proceso del desarrollo económico y social del país, sin las facultades de dirección y orientación que la Constitución le tiene asignadas. El constituyente ha previsto que, en la medida de lo posible, la intervención económica sea planificada, pero esto no significa que haya instituido el plan como condición "sine qua non" de esa función cardinal del Estado moderno. Lo contrario quería decir que la naturaleza de nuestro régimen constitucional depende de la existencia del plan y que la falta de éste fuera razón suficiente para producir el curioso fenómeno de convertir un Estado intervencionista en un liberal clásico.

Como ya se ha dicho, la función que se le asigna al Gobierno en el artículo 120-14, le permite, a título de intervención en una esfera precisa de la economía, adoptar los medios que considere idóneos para orientar, fomentar y canalizar el ahorro en el sentido que estime acorde con las conveniencias públicas; por manera que si no existe un plan de desarrollo económico o social, es evidente que en la escogencia de los medios más idóneos y en la determinación de los objetivos que se persigan, disponen de un poder más amplio, limitado únicamente por el ámbito material que señala el artículo 120-14 y demás disposiciones concordantes de la Carta. No así cuando el plan existe y contempla dentro de las ordenaciones la materia referente al ahorro, pues entonces tales medios y tales objetivos deben subordinarse a las metas allí trazadas y a los programas de ejecución allí previstos.

**Quinto. Los cargos 3º del proceso 2150 y 6º del 2155.** Que la unidad de poder adquisitivo constante, UPAC, es un nuevo signo monetario, porque consituye un medio de pago con poder liberatorio (Art. 20 Decreto 677 de 1972 y 20 del Decreto 1229 de 1972), pues cumple una función de patrón de cuentas, medidas y atesoramiento (artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1229 de 1972) por lo cual el Gobierno al dictar las disposiciones acusadas ha arrebatado una función de soberanía monetaria, propia y exclusiva del Congreso (Art. 76-15 C. N.).

Según el artículo 3º del Decreto 677 de 1972, el fomento del ahorro allí previsto se realiza "sobre la base del principio del valor constante de ahorros y préstamos determinado contractualmente" que "se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado". Para el cálculo de tales reajustes periódicos se tomará en cuenta "la variación resultante del promedio de los índices nacionales de precios al consumidor para empleados, de una parte, y para obreros, de otra, elaborados por el Dane".

Mediante el artículo 1º del Decreto 1229 de 1972 se estableció la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) como un instrumento para "**llevar todas las cuentas y registros del sistema, reducidos a moneda legal**". Y por el artículo 2º del mismo decreto se dispuso que "para los efectos previstos en el artículo 1518 del Código Civil, tanto en los contratos sobre constitución de depósitos de ahorro entre los depositantes y las corporaciones de ahorro y vivienda como en los contratos de mutuo que éstas celebran para el otorgamiento de préstamos, se estipulará expresamente que **las obligaciones en moneda legal se determinarán** mediante la equivalencia de la unidad de poder adquisitivo constante" (subraya la Sala).

De los textos citados se deduce: 1º Que las obligaciones se pactan en moneda legal; y 2º Que la UPAC es apenas un instrumento que sirve para determinar, por su equivalencia con las variaciones de precios en el mercado interno, el monto de las obligaciones que contraen las corporaciones con los ahorradores y de las que contraen con las mismas entidades los beneficiarios de este tipo de crédito.

Por consiguiente, es claro que el objeto de estos contratos de ahorro y préstamo, vale decir, el bien jurídico sobre el cual recaen es, en todo caso la moneda legal; sólo que como su cuantía es variable, **el factor** para determinarla es la unidad de poder adquisitivo constante, que se calcule teniendo en cuenta el índice de los precios.

La corporación de Ahorro y vivienda que reciba una inversión en dinero o moneda legal por el sistema de valor constante se constituye en deudora del inversionista por una cantidad indeterminada, pero determinable mediante la aplicación del factor UPAC a la cantidad recibida y otro tanto ocurre, a la inversa, entre quien recibe un préstamo por el nuevo sistema y la corporación que lo otorga.

Lo anterior significa que el UPAC no es una medida general del valor, la cual, para el efecto, sigue siendo el peso o moneda legal colombiana, sino un factor para determinar el "cuántum" de cierto tipo de obligaciones, en términos del signo monetario fijado en la ley.

Como en los decretos acusados sólo se le asigna a la UPAC esa única función; como el objeto de los contratos que se celebran por el sistema de valor constante continúa siendo la moneda legal y como a la UPAC no se le atribuye poder liberatorio general, ni se le asigna atributo alguno que permita considerarla como de curso forzoso y ni siquiera tiene una representación física determinada, a juicio de la Sala, es infundado el cargo que se sustenta en el supuesto de que la UPAC es un signo monetario. Por consiguiente, si la UPAC no tiene ese carácter, resulta evidente que las disposiciones acusadas no implican la usurpación por el Gobierno de la función que la Constitución le tiene asignada al Congreso en el numeral 15 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

**Sexto.** Los cargos 1º y 2º formulados en el proceso 2153 y el 7º del proceso 2155. Los referidos cargos pueden sintetizarse así:

Que el artículo 120-14 no habilita al Gobierno para dictar normas de carácter tributario, ni específicamente para decretar exenciones de impuestos o modificar el régimen legal de las deducciones al impuesto sobre la renta, todo lo cual constituye un atributo propio y exclusivo del Congreso. Además, que los artículos citados por el demandante (véase cargo 7º, expediente 2155) violan los artículos 91 y 93 de la Ley 81 de 1960 en cuanto eximen de las inversiones forzosas allí previstas.

El artículo 20 del Decreto 677 de 1972 prescribía que la totalidad del mayor valor nominal proveniente del reajuste monetario propio del sistema de ahorro de valor constante, no constituía enriquecimiento para los efectos previstos en el artículo 29 del Decreto 437 de 1961. Esta crea una consecuencia natural y obvia del sistema, porque ese mayor valor nominal no correspondía a un mayor valor real del crédito, pues al recibirlo su titular no se enriquecía, sino que conservaba intacta la cuantía de su inversión. Tan evidente era ello que si no se hubiera consagrado expresamente la prescripción del artículo 20 debía entenderse de esa manera, dada la naturaleza misma del sistema.

Posteriormente, el citado artículo 20 fue objeto de reforma en virtud de las nuevas disposiciones tributarias que se expidieron durante la "emergencia económica" y fue así como por el artículo 102 del Decreto legislativo 2053 de 1974 se siguió estimando que el valor representativo de la corrección monetaria no era una renta ordinaria: sin embargo, se la reputó como ganancia ocasional y, como tal, se la gravó en su totalidad. Este último criterio legal fue objeto de nueva rectificación, a través del Decreto legislativo 2247 de 1974, dictado también en uso de las facultades extraordinarias del artículo 122 de la Constitución, en cuyo artículo 50 se determinó que la corrección monetaria se gravaría únicamente en la parte que excediera de un ocho por ciento (8%) anual.

Lo anterior significa que las disposiciones del artículo 20 del Decreto 677 de 1972, 1º y 2º del Decreto 120 de 1974 no tienen vigencia actual y que, en consecuencia, se habría producido en relación con ellas el caso de sustracción de materia que le impide a la Sala un pronunciamiento de mérito.

En relación con la segunda parte del cargo, o sea la violación de los artículos 91 y 93 de la Ley 81 de 1960, es preciso observar que esta ley orgánica del impuesto sobre la renta no tiene hoy vigencia por vir-

tud de derogatoria expresa contenida en el nuevo estatuto tributario que se expidió durante la "emergencia económica".

**Octavo.** Sostiene el actor en el proceso 2150, que los literales a) y b) del artículo 12 del Decreto 677 de 1972, implican una delegación de funciones que viola el artículo 136 de la Constitución Nacional, porque se autoriza a la Junta de Ahorro y Vivienda para cumplir funciones ejecutivas que, en el mismo decreto, se señalan como de competencia del Gobierno. Se refiere el demandante a las funciones de fomentar y promover el ahorro, de coordinar las actividades de las personas o entidades privadas que manejen el ahorro por el sistema de valor constante y de promover y coordinar la divulgación de datos y estadísticas relativas al mismo sistema.

No advierte la Sala que en este caso se configure fenómeno de delegación sino de asignación de funciones administrativas específicas, relacionadas con la ejecución de las disposiciones que conforman el sistema de ahorro de valor constante. Se trata simplemente de la creación de un órgano colegiado de la administración a nivel ministerial, que sirva de instrumento o de medio para la buena marcha del sistema en aspectos puramente operativos, sin que el Gobierno haya resignado en él ninguno de los atributos fundamentales del artículo 120-14; en este punto, los decretos acusados dejan establecido, con la mayor claridad, que la Junta de Ahorro y Vivienda es apenas un organismo consultivo y que al Gobierno incumbe tomar las decisiones relacionadas con las regulaciones y reglamentaciones generales del sistema y las normas básicas del mismo (Art. 11 del Decreto 677 de 1972).

En mérito de las consideraciones procedentes, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **Falla:**

**Primero.** Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre los cargos formulados en las tres demandas acumuladas, relacionados con los artículos 20 del Decreto 677 de 1972, 1º y 2º del Decreto 120 de 1974, 6º, 8º, 9º y 10 del Decreto 1229 de 1973, 4º y 5º del Decreto 359 de 1973 y 9º del Decreto 1269 de 1972 por sustracción de materia.

**Segundo.** En lo demás no se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, con salvamento de voto.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*



## SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Humberto Mora Osejo.

Disiento respetuosamente de la sentencia por los siguientes motivos:

### 1º La naturaleza jurídica de los reglamentos autónomos.

La sentencia afirma que los llamados reglamentos autónomos, como los que puede proferir el Gobierno con base en las facultades del artículo 120-14 de la Constitución, tienen fuerza de ley y que, como tales, pueden modificarla indiscriminadamente. No comparto esta aserción de la sentencia, porque el artículo 120-14 de la Constitución consagra una atribución del Presidente “como suprema autoridad administrativa” y porque los únicos decretos con fuerza de ley que puede proferir el Presidente son los comprendidos taxativamente por los artículos 76 ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución, de conformidad con lo prescrito por los artículos 214 y 118, ordinal 8º, de la Carta. Por lo mismo considero que los decretos que el Presidente profiere con fundamento en el artículo 120-14 de la Constitución, como sucede con los demás reglamentos autónomos que puede dictar, son administrativos y que, por lo mismo, no tienen fuerza de ley.

Este mismo criterio fue sustentado por la Sala, en sentencia del 14 de junio de 1974, de la que fui proponente, y por la cual se declaró la nulidad de los Decretos Nos. 98 y 265 de 1973, relativos a los Fondos Regionales de Capitalización Social, con los siguientes argumentos que ratifico y transcribo:

**“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 número 1 de 1936 y complementado por el artículo 6º del acto legislativo número 1 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 del principio entre las ramas legislativa 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 (Arts. 85, 86, 88, 89 y 90 de la Constitución), por el procedimiento regulado por el título VII de la Carta. Este criterio fue 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; N° 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 las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (Ords. 2° y 3° de la Constitución). 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, Pag. 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 11 y 12, de la Constitución, constituyen otra forma de colaboración armónica entre las ramas legislativa y administrativa: las primeras mediante la transferencia temporal a ésta de atribuciones específicas de aquélla y la 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 “comoción 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”; esto no es óbice para el “fun-

cionamiento normal del Congreso”, al cual el Gobierno debe enviar, en la oportunidad indicada por el artículo 121, inciso 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” (Arts. 76, Ord. 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” (Arts. 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” (Arts. 76, Ords. 9º y 22, 79, Inc. 2º, de la Constitución). Las atribuciones menciona-

das 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, Ords 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" (Art. 79, Inc. 2º, de la Constitución).

"4. El Congreso debe expedir, por iniciativa del Gobierno, "las normas orgánicas del presupuesto nacional" (Arts. 76, Ord. 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 (Arts. 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 si no 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" (Arts. 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 de nuevo ejercicio" (Arts. 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 periodos 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 número 1 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 número 1 de 1945, que subrogó el artículo 11 del acto legislativo número 1 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 t mpore, 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, N  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 la 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 s  lo hace con los decretos a que se refiere 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, inciso 6º in fine, 131, inciso 2º, y 122, inciso 2º de la misma Carta. Son decretos obligatorios del 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 prescribe que “la Constitución es ley reformatoria 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”. Sólo 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 “deslegalización”, 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 número 1 de 1945, que subrogó —como se expuso— el artículo 11 del acto legislativo número 1 de 1936, por el “mandato de la ley” para que el Gobierno intervenga la industria del transporte;

“b) Esta solución fue instituida, esencialmente, por el artículo 37, inciso 2º, de la Constitución francesa sobre la base del principio, consagrado por el inciso 1º ibídem, según el cual “todas las materias distintas 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 dictamen del Consejo”. 2. Pero si se expidieren “después de que entró en vigencia la presente Constitución, sólo podrán ser modificados por decretos si el consejo constitucional ha declarado que tiene 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, declaren su inexistencia o nulidad (Arts. 214 y 215 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 (Art. 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 limitada y específica, porque el Congreso tiene la función legislativa por cláusula general— con excepción de las materias taxativamente reservadas al Parlamento por el artículo 34 ibídem, el Gobierno no puede, sin la previa declaratoria del consejo constitu-

cional, 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;

"c) 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 a 24 del Decreto-ley número 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 respecto "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—, 123 y 214 de la misma Carta. Lo contrario llevaría 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 está 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, prescriban 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, Pág. 40), definió la naturaleza administrativa de los reglamentos constitucionales o autónomos, a propósito del juicio adelantado para que se declare la nulidad del Decreto número 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 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 número 3 de 1910 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia “la guarda de la integridad de la Constitución” y le dio, 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 número 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 número 3 de 1910, en cuanto le quitó el control de constitucionalidad de los mismos.

“Pero los artículos 41 y 53 del acto legislativo número 1 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 la jurisdicción contencioso administrativa 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 número 1 de ese año agregaron los decretos a que se refieren los artículos 80 y 120 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 promueven 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 *lego 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 *ibidem*, 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 de 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 suspenderse 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. Lalón, 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, como 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, N° 11, Pág. 92).

"c) La ley se determina por los criterios orgánico y formal y solo 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".

### **2º El fallo y las transcritas motivaciones de la sentencia del 14 de junio de 1974.**

El fallo proferido por la mayoría, del cual me aparto, no se detuvo siquiera a analizar los argumentos expuestos en la sentencia del 14 de junio de 1974, para limitarse a afirmar que el artículo 120-14 de la Constitución constituye una modalidad específica de la intervención del Estado en la economía, genéricamente prescrita por el artículo 32 de la misma Carta, no obstante que ello implica la posibilidad de que coexistan, contrariamente e injurídicamente, dos competencias paralelas, la del Congreso y la del Gobierno, con la posibilidad de que éste pueda derogar o reformar lo prescrito por aquél, rompiendo así la coherencia o unidad lógico-jurídica del sistema institucional colombiano.

### **3º El significado de los artículos 32 y 120-14 de la Constitución.**

Considero, por el contrario, que el artículo 32 de la Constitución instituye la intervención político-económica del Estado, "por mandato de la ley", mientras que el artículo 120-14 de la misma Carta consagra una facultad administrativa del Presidente de la República, esencialmente diferente de la anterior, tendiente a tutelar, y por lo mismo a evitar su defraudación, el ahorro de los particulares confiado a las personas que tengan por objeto la intermediación financiera. Tal fue el criterio sustentado por la Sala, en la sentencia del 14 de junio de 1974, no analizado ni menos rebatido en el fallo de que me aparto, proferido por la mayoría, a saber:

"La intervención del Estado en la economía del país. El término **intervención**, que en el 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 deli-

mitan 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**.

“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” (Arts. 76, Ord. 9º, y 79, Inc. 1º, de la Constitución); “regular los otros aspectos del servicio público, como los 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” (Art. 76, Ord. 10); “establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración” y “decretar impuestos extraordinarios cuando las necesidades lo exijan” (Arts. 43 y 76, Ords. 13 y 14, de la Constitución); “fijar la ley, peso y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas” (Art. 76, Ord. 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” (Arts. 76, Ord. 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 cargo de la Nación” o “transferencias de las mismas”; o disponer su traslado a ésta; autorizar “aportes o suscripciones del Estado a empresas comerciales o industriales” y establecer “exenciones de impuestos”, “contribuciones o tasas nacionales” (Art. 79, Inc. 2º, de la Constitución) y expedir, por iniciativa del Gobierno, “las normas orgánicas del presupuesto nacional” (Arts. 76, Ord. 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 (Arts. 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” (Art. 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 aun en los regímenes reconocidos como típicamente no intervencionistas —“aún cuando pretende desinteresarse de la vida econó-

mica el Estado interviene, porque deja hacer" (Raymond Barré, "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 1, 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 públicas" 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 número 1 de 1968, de ejercer "la intervención necesaria en el Banco Emisor 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" (Arts. 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, orgánicamente 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 número 1 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 4º del acto legislativo número 1 de 1945 y 6º del acto legislativo número 1 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 aumenten 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 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 7º del acto legislativo número 1 de 1946, 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 occidenta-



les 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 desarrollo que afecta a más de mil millones de personas y que constituye "el más grave problema humano de nuestro tiempo" (Raymond Barré, "El desarrollo económico", Méjico, Fondo de Cultura Económica, Págs. 9 y 172).

"El artículo 11 del acto legislativo número 1 de 1968 sustituyó el artículo 76 de la Constitución y, por el ordinal 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 número 1 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, exceptuando 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 (Arts. 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. Esto se corrobora 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 Sáchica, “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 planification 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 republique moderne” Edit. París, 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 incisos 2º y 3º del artículo 182 de la Carta (Arts. 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. Galbrait, Op. Cit., Pág. 121), las opciones prioritarias del desarrollo económico y social de 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” (Art. 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.**

“El ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución. Esta disposición, correspondiente al artículo 41 del acto legislativo número 1 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 téngan 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 jurídicos 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 ibidem 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 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 (Arts. 118, Ord. 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 (Arts. 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 asimi-

lados 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 confundirían 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 2º 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 (Art. 34, Ord. 10, 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, lógica 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 administrativa**, 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 declarar la jurisdicción, sin perjuicio de que, en el caso específico, pueda tener aplicación la excepción de inconstitucionalidad (Art. 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 régi-**

**men constitucional y racione 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 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**” (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 acciones 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;

“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 número 1 de 1968, corresponden básicamente, en lo pertinente, a los artículos 32, 76, ordinales 4º, 9º, 10, 16 y 22, 79, 80, 118, ordinales 3º y 8º, y 120, ordinales 14, 16, 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 desbarajústan 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 aquella, “que no se aviene en sí misma con el actual régimen constitucional colombiano”. El doctor Echandi 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 ar-**

bitraria y fraudulentamente el ahorro privado, aprovechándose de la ignorancia de los ahorrantes sin ninguna clase de intervención..." (la Sala subraya). (Anales del Congreso, N° 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. Martel, 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 disposición que se comenta, al acto legislativo número 1 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, 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 y 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 10, de la Constitución; iiiii) 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 artículo 15 ibídem 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 número 1 de 1945 y 41 del acto legislativo número 1 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 tienen como objeto específico la intermediación financiera en el mercado de capitales; iiiiii) 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 es-

pecífico, **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 número 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 perturban o amenazan perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país”; si hasta el estado de emergencia económica, 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”.

#### **4º El plan de desarrollo económico y social y el artículo 120-14 de la Constitución.**

La sentencia afirma que como no se ha expedido el plan de desarrollo económico y social el Gobierno no por ello debía abstenerse de tomar medidas como las que regulan las unidades de valor constante, denominadas UPAC. Pero, en primer término, como se acaba de exponer, el plan económico y social es una **perentoria y prioritaria prescripción constitucional que no se puede omitir ni dejar de cumplir discrecional o arbitrariamente**, hasta el punto que sin su vigencia no puede considerarse plenamente realizado e instituido el régimen constitucional del

país. Además, como el Congreso es el órgano competente para expedirlo, mediante ley, dentro del plazo perentorio señalado al efecto, su omisión, **ante la reconocida urgencia constitucional de aprobar el plan**, implica que el Gobierno adquiere competencia para ponerlo en vigencia; de ahí que la competencia de éste sea **condicional y supletoria**, para que obre en subsidio del Congreso, **mediante decretos que tienen fuerza de ley** (Arts. 118, ordinal 8º, y 214 de la Carta); **precisamente porque tienen por finalidad suplir al legislador y reemplazar la ley**. De manera que es infundada la aserción de la sentencia de que disiento en el sentido de que ante la falta del plan el Gobierno puede adoptar medidas propias del mismo: de este modo **la sentencia confunde inconstitucionalmente dos diferentes competencias constitucionales del Gobierno**: la del artículo 80 y la del artículo 120-14 de la Carta, hasta involucrar en ésta a aquélla **ante la mera ausencia del plan**, no obstante su indicado carácter específico y supletorio; asimismo este aserto de la sentencia es contradictorio: si el artículo 120-14 otorga al Gobierno una competencia **autónoma**, por definición no podría estar condicionada por la inexistencia del plan, como lo está la que le otorga el artículo 80 de la Carta, **no por la falta de plan, sino por la expiración del plazo constitucional para que el Congreso lo expida**: de lo contrario, según el criterio que sustenta la sentencia, fácil sería a cualquier Gobierno abstenerse de presentar el proyecto de ley del plan para, así sea por su propia determinación, arrogarse sin más una competencia del Congreso, u obviar así la falta de la comisión del plan. Pero, aún en esta hipótesis improbable, a lo sumo se trataría de una equivocada interpretación del artículo 80 de la Carta, pero no de un **inverosímil acrecentamiento o aumento** de la facultad que el artículo 120-14 *ibídem* otorga al Gobierno, **porque el Congreso mantendría su competencia, mediante iniciativa del Gobierno** (Arts. 79 y 80 de la Carta), **para discutir y aprobar el plan: la mencionada norma tiene per se una significación unívoca, con un límite determinado por su propia finalidad, necesariamente coexistente con las funciones propias de las ramas legislativa y jurisdiccional, como una unidad coherente, como un todo lógico-jurídico**. Lo contrario equivale a afirmar la posibilidad de ampliar el alcance de las atribuciones que la Constitución otorga al Gobierno, usurpando las que corresponden al Congreso, **por una circunstancia de hecho, consistente en la inobservancia o incumplimiento de uno de sus más relevantes preceptos**, y contrariando además el artículo 63 de la Carta que prescribe que “no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento” y los principios de nuestro derecho público, ínsitos también en la Constitución, que postulan que **la competencia no se determina por analogía ni por inferencia, sino por atribución, y que todos los empleados son responsables, sobre la base de que sus funciones están predeterminadas, de sus omisiones y extralimitaciones** (Arts. 20 y 63 de la Carta).

### 5º La sentencia y la unificación de la jurisprudencia.

Esta Sección Primera dispuso, ante la “importancia del asunto”, remitir a la Sala Plena el expediente número 2214, relativo a la acción de nulidad promovida contra los Decretos números 1773 de 1973 y 971 de 1974, expedidos por el Gobierno con base en las facultades del artículo 120-14 de la Constitución. Estimé procedente hacer lo propio con los juicios acumulados decididos por la sentencia de que me aparto, o por

lo menos esperar, antes de resolver, la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que tiene, entre otras, de conformidad con el artículo 24 del Decreto-ley N° 528 de 1964 la específica atribución de unificar y cambiar la jurisprudencia jurisdiccional del Consejo de Estado. De ahí que sea contradictoria y jurídicamente inexplicable la actitud de la mayoría al prescindir de armonizar su criterio con el de la Sala Plena Contencioso Administrativa, no obstante que, como consta en el acto número 17 del 20 de junio de 1975, por decisión unánime de la misma Sección Primera se dispuso remitirle, con la finalidad indicada, **un juicio que versa sobre la misma materia**, y a pesar de que la Sala Plena profirió su fallo, tras desechar el proyecto original presentado por el doctor Galindo Pinilla, y dispuso, por consiguiente, pasar el expediente al Consejero que sigue en turno para que redacte la providencia definitiva que debe someter a su revisión.

### **6º El artículo 120-14 y la competencia para crear personas jurídicas, juntas y fondos.**

Es verdad inconcusa, como sostuvo la Sala en la sentencia del 14 de junio de 1974, que le corresponde al legislador determinar el régimen de las personas jurídicas (Arts. 12 y 44 de la Constitución); crear departamentos, intendencias y comisarías y "fijar las bases y las condiciones para la creación de municipios" (Arts. 5º, 6º y 76, Ord. 5º, de la Constitución); crear establecimientos públicos nacionales, empresas industriales y comerciales del Estado, autorizar la participación de éste en sociedades de economía mixta y expedir los estatutos básicos de las mencionadas entidades (Art. 76, Ords. 9º y 10, de la Constitución); reglamentar las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios, determinar las categorías de municipios y los requisitos para la organización del Distrito Especial de Bogotá; estatuir 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 crear establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales y sociedades de economía mixta de los departamentos y municipios (Arts. 187, Ords. 2º y 6º, 189, 197, Ord. 4º, 198 y 199 de la Constitución).

Del mismo modo, es competencia privativa del Congreso, por medio de leyes, crear juntas y fondos sin personería jurídica: si la Constitución atribuye al Congreso determinar la estructura de la administración nacional y al Gobierno crear, fusionar y suprimir empleos "con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76" (Arts. 76, Ord. 9º, y 120, Ord. 21, de la Carta), es evidente que el Gobierno no tiene ni puede tener tal atribución sino el Congreso, tanto porque existe en su favor una cláusula general de competencia (Art. 76, Ord. 2º, de la Constitución), como porque se trata de juntas y fondos que necesariamente hacen parte de la estructura de la administración nacional, con base en la cual el Gobierno puede ejercer la mencionada facultad de crear, fusionar o suprimir empleos. Pero la sentencia proferida por la mayoría afirma que el Gobierno podía, con base en el artículo 120-14 de la Constitución, crear el fondo denominado Fondo de Ahorro y Vivienda del Banco de la República y la llamada Junta de Ahorro y Vivienda ante "la necesidad de instituirlos como instrumentos indispensables de la intervención prevista en los decretos acusados". Esta aserción de la

sentencia no me parece fundada: porque del propio tenor del artículo 120-14 de la Constitución no se deduce que exista esa competencia; porque la Constitución regula lo referente a la estructura de la administración nacional en norma diferente (Art. 76, Ord. 9º); porque, si se admite que el Gobierno tiene esa competencia, se desquiciaría el orden constitucional, en cuanto habría dos órganos, igualmente idóneos, para regular la misma materia, con la posibilidad jurídica de que sus prescripciones sean contradictorias, a pesar del principio constitucional que proscribiera el paralelismo de competencia entre los órganos del Estado y que postula, en cambio, su colaboración armónica (Art 55 de la Constitución) y porque la mayoría interpretó extensivamente el artículo 120-14 de la Constitución, para hacerle decir lo que no dice, a pesar de que otorga al Presidente una competencia excepcional que es, por lo mismo de restrictiva interpretación.

### 7º La Constitución y la unidad de poder adquisitivo constante.

La sentencia proferida por la mayoría sostuvo, a este respecto, que "el UPAC no es una medida general del valor, la cual, para el efecto, sigue siendo el peso o moneda legal colombiana, sino un factor para determinar el "cuántum" de cierto tipo de obligaciones, en términos del signo monetario fijado en la ley". Pero, en primer término, lo propio podría decirse de cualquier otro signo que sirve de medida del valor, como por ejemplo una moneda extranjera, el dólar, el marco, el franco o la peseta, cuya cotización se determina, como expresá la sentencia, "en términos del signo monetario fijado en la ley" colombiana; en segundo lugar, lo cierto es que la "unidad de poder adquisitivo constante" constituye una medida obligatoria del valor "tanto en los contratos sobre constitución de depósitos de ahorro entre los depositantes y las corporaciones de ahorro y vivienda como en los contratos de mutuo que éstas celebren para el otorgamiento de préstamos" (Art. 2º del Decreto Nº 1229 de 1972), con el fin de instituir la llamada "corrección monetaria" (Art. 122, número 2, del Decreto especial Nº 2053 de 1974); por lo mismo no es fundado el aserto de la sentencia, que acoge los argumentos expuestos por la parte opositora en el sentido de que el UPAC se pacta en estipulaciones voluntarias de carácter contractual: es voluntario celebrar o no los contratos, pero en caso positivo necesaria u obligatoriamente se debe estipular el UPAC (Art. 3º y parágrafo del Decreto Nº 677 y 2º del Decreto Nº 1229 de 1972), como un requisito esencial. Además, ni del tenor literal ni de la finalidad del artículo 120-14 de la Constitución se deduce que autorizó al Gobierno para tomar tal determinación, que en cuanto atañe a un signo monetario y condiciona o limita una actividad particular, sólo pudo ser adoptada por el legislador (Arts. 20, 32 y 76, Ord. 15, de la Constitución), al cual está adscrita, además de las funciones específicas, la cláusula general de competencia legislativa, que excluye, también por este aspecto, la competencia del Gobierno. De donde se sigue claramente que éste se arrogó una competencia legislativa. Es cierto que los Decretos especiales números 2053 (Arts. 47, parágrafo, Inc. 2º, y 122, número 2) y 2247 (Art. 58) de 1974 y 187 (Art. 37) de 1975, expedidos con base en el artículo 122 de la Constitución aluden a las "unidades de poder adquisitivo constante", pero no para legalizarlas, sino para determinar, respectivamente, los costos deducibles de la renta, las ganancias ocasionales, la renta gravable y los costos igualmente deducibles, para los mismos efectos, en la adquisición de bienes.

### 8º Los decretos cuestionados y el plan de desarrollo.

La sentencia afirma paladinamente que "la descripción del sistema de ahorro de valor constante, instituido en los decretos acusados, le permite a la Sala concluir que lo establecido en ellos es un estímulo para fomentar el ahorro y para producir unos efectos tangibles y determinados sobre la economía nacional, **en orden a promover el desarrollo y a solucionar por la vía que se consideró menos gravosa y más expedita un grave problema de desempleo creciente**" (subrayo). De manera que, según los propios términos de la sentencia de que disiente, el Gobierno, mediante los decretos cuestionados, instituyó un **plan de desarrollo económico**, usurpando la competencia que el artículo 32 de la Constitución otorga al legislador con la misma finalidad: El Estado "intervendrá, **por mandato de la ley**, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos, **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 conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular" (subrayo).

El Gobierno también afirmó, en reiterados términos de la más absoluta claridad, que se proponía, mediante los decretos cuestionados, expedir y realizar un plan de desarrollo económico, a saber:

a) El Gobierno expidió el Decreto número 677 de 1972 "considerando que en el plan de desarrollo, documento que sintetiza la política del Gobierno Nacional y constituye la norma orientadora de su actividad administrativa, se consagra la necesidad de canalizar recursos hacia el sector de la construcción **beneficiándose con ello la producción de bienes esenciales y la generación de más y mejores empleos**, con el objeto de contribuir a la progresiva realización del bienestar de los diferentes sectores de la comunidad colombiana (subrayo): que los actuales ahorros privados son insuficientes **para el logro de un desarrollo y crecimiento económico adecuados** (subrayo): que **una política de desarrollo urbano** (subrayo) para la eficaz y oportuna realización de sus proyectos necesita disponer de fondos suficientes; que el mercado de capitales requiere incrementar la tasa de ahorro para inversiones mediante títulos a largo plazo, **destinados a financiar la actividad de la construcción urbana** (subrayo): que por tanto se hace necesario **estimular el ahorro privado y canalizar parte para darle a la actividad de la construcción una financiación adecuada**, a fin de que pueda desarrollar el papel que le corresponde tanto en el suministro de vivienda como en la generación de nuevo empleo (subrayo). De manera que, según la exposición de motivos del mencionado decreto, es claro, evidente, inequívoco que el Gobierno se propuso realizar un plan de desarrollo mediante el estímulo del ahorro privado, sin que en la parte expositiva, ni en las medidas adoptadas para ponerlo en efectividad, se hubiera hecho alusión a la facultad que le otorga el artículo 120-14 de la Constitución para proteger el ahorro particular de los intermediarios financieros. Es cierto que en el Decreto número 678 de 1972 se adoptaron algunas medidas tendientes a garantizar los ahorros particulares depositados en las corporaciones privadas de ahorro y vivienda, pero ello a causa, no de la fina-

lidad del artículo 120-14 de la Constitución sino del incremento del ahorro logrado mediante el dicho plan, instrumentado por aquéllas;

b) El Decreto número 1757 de 1972 fue expedido por el Gobierno, entre otras, mediante las siguientes consideraciones: "que por medio del Decreto número 1269 de julio 19 de 1972 se tomaron algunas medidas en relación con el ahorro privado y el funcionamiento de las corporaciones privadas de ahorro y vivienda de que tratan los Decretos números 677 y 678 de mayo de 1972 (subrayo): que las corporaciones privadas de ahorro y vivienda están autorizadas para efectuar préstamos de valor constante para construcciones urbanas y para la compra de edificaciones nuevas o ya existentes de conformidad con el Decreto número 677 de 1972 (subrayo); que de conformidad con el literal e) del artículo 11 del Decreto número 677 de 1972 la Junta de Ahorro y Vivienda estudiará y propondrá para su adopción por el Presidente de la República normas para la concesión de préstamos que otorguen las corporaciones de ahorro y vivienda, a fin que aquéllos se otorguen preferentemente para proyectos de construcción que estén acordes con las políticas de desarrollo urbano adoptadas por los organismos competentes..." (subrayo);

c) El Decreto número 937 de 1972 fue expedido por el Gobierno considerando: "1º Que es indispensable canalizar el ahorro privado y orientarlo hacia la financiación de inversiones privadas y públicas que aceleren el desarrollo económico y social (subrayo). 2º Que entre los principales recursos para el desarrollo del país figuran los que reciben entidades como las compañías de seguros y reaseguros, cajas de ahorros y secciones de ahorro de los bancos, corporaciones financieras, sociedades de capitalización, corporaciones de ahorro y vivienda, fondos de inversión, y en general los intermediarios financieros que recogen ahorro del público (subrayo). 3º Que conviene actualizar el régimen vigente de inversiones admisibles y obligatorias de quienes recogen el ahorro privado hacia las inversiones que estimulen mejor el desarrollo nacional (subrayo). 4º Que es indispensable dar mayor flexibilidad al régimen de inversiones admisibles y obligatorias, con el fin de actualizarlo en consonancia con los planes de desarrollo nacional (subrayo). 6º Que la expedición de los Decretos 677 y 678 del 2 de mayo de 1972 para fomento del ahorro dentro de los lineamientos del programa general de desarrollo, hace indispensable y urgente actualizar el régimen de inversiones admisibles y obligatorias con el fin de darle mayor unidad y coherencia a la política de financiamiento de los planes de inversión y mayores estímulos a la formación del ahorro..." (subrayo);

d) El Decreto número 299 de 1973 se expidió por el Gobierno, entre otros, con estos considerandos: "Que es propósito fundamental del Gobierno fomentar el ahorro personal con el objeto de canalizarlo hacia la industria de la construcción (subrayo); Que en el Decreto número 678 de 1972 y disposiciones complementarias se autorizó la constitución de las corporaciones privadas de ahorro y vivienda, cuya finalidad es la de promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, dentro del sistema del valor constante..." (subrayo). Y el Decreto número 120 de 1974 se dictó por el Gobierno, entre otros, con base en estos considerandos: "Que en el plan de desarrollo, documento que sintetiza la política del Gobierno Nacional y constituye la norma orientadora de su actividad administrativa se consagra la nece-

alidad de canalizar recursos hacia el sector de la construcción beneficiándose con ello la producción de bienes esenciales y la generación de más y mejores empleos, con el objeto de contribuir a la progresiva realización del bienestar de los diferentes sectores de la comunidad colombiana (subrayo); Que en virtud de lo anterior se dictaron los Decretos 677 y 678 de 1972, por medio de los cuales se tomaron medidas en relación con el ahorro privado...; Que para los fines anteriores es indispensable aclarar las consecuencias tributarias que se originan en este nuevo sistema de valor constante de ahorro y préstamos, determinando la real capacidad contributiva, a fin de lograr la equidad en los tributos..." (subrayo).

No cabe, pues, la menor duda, según su propia expresión y el contexto de los actos acusados, que el Gobierno se propuso, mediante todos ellos, realizar "el plan de desarrollo", expedido, no por los procedimientos constitucionales pertinentes, sino excediendo las facultades administrativas, que por lo excepcionales son de restrictiva interpretación, que le otorga al Gobierno el artículo 120-14 de la Constitución, con ostensible violación de este precepto y de los artículos 32, 76, ordinal 4º, 79 y 80 de la misma Carta, invocados como violados.

En conclusión, por todas las razones expuestas, considero que la Sala debió declarar la nulidad de todos los decretos cuestionados, exceptuados los artículos 3º a 7º del Decreto número 678 de 1972, que fueron subrogados por los artículos 1º y 2º del Decreto 1269 de 1972, 20 y 21 del Decreto 677 de 1972, primero adicionados por el Decreto 120 de 1974 y luego sustituidos, en la forma indicada, por los Decretos especiales números 2053 y 2247 de 1974 y 187 de 1975, y los artículos 1º, 8º, 9º y 10 del Decreto 1229 de 1972, 4º y 5º del Decreto número 359 de 1973, 8º y 9º del Decreto 1269 de 1972, subrogados por el Decreto número 1728 de 1974, sobre los cuales debió, como lo hizo, abstenerse de hacer un pronunciamiento de mérito.

*Humberto Mora Osejo.*



## DECRETOS DEL GOBIERNO

**EXPROPIACION.—** Procedimiento de la actuación jurisdiccional de consulta ante lo contencioso administrativo, en relación con las providencias administrativas sobre expropiación. Se declara la nulidad de varias disposiciones del Decreto reglamentario 1576 de 1974.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—** Bogotá, D. E., marzo diecisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla).

(Sesión del día 12 de marzo de 1976).

Ref.: 2349. Actor: Guillermo A. Benavides M.

El doctor Guillermo A. Benavides, obrando en ejercicio de acción pública contencioso administrativa pretende la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 1576 de 1974 (agosto 1º), “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 135 de 1961 con las reformas introducidas a ésta por las Leyes 1ª de 1968 y 4ª de 1973 en lo relativo a la adquisición de tierras, el Decreto 2395 de 1963 y el Decreto 1356 de 1974”: El aparte del inciso primero del artículo 37 que se transcribe en la demanda y los artículos 38, 39, 40, 41 y 42.

La Sala Unitaria, a solicitud del actor decretó la suspensión provisional de los siguientes apartes de las disposiciones acusadas:

“Artículo 37... Solicitada la consulta el Instituto enviará al tribunal el expediente administrativo y las resoluciones que decretaron y aprobaron la expropiación del fundo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la expiración del término de que trata el inciso anterior...”

...El auto que resuelve favorablemente la solicitud ante el tribunal, no requiere notificación...”

“Artículo 38... El presidente del tribunal procederá a repartir el negocio el mismo día de su llegada... Vencido el plazo anterior, el tribunal dispondrá de un día para decidir si acepta o no la consulta... o estuviera basada en nulidad por vicios en la actuación administrativa...”

3... dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que lo ordene...

“Artículo 40... si el trámite administrativo se adelantó de conformidad con los ordenamientos legales. En caso negativo, y sin pronunciamiento de fondo sobre la calificación de las tierras o viabilidad de la expropiación, ordenará rehacer el procedimiento defectuoso, quedando en firme la actuación anterior a éste...”

“Artículo 41... El cincuenta por ciento (50%) del contado inicial en dinero efectivo, si se trata de tierras adecuadamente explotadas...”

Esa decisión se fundó en las siguientes razones:

“En la Ley 135 de 1961 se instituyó “una actuación jurisdiccional de consulta ante los tribunales de lo contencioso administrativo, en relación con las providencias administrativas sobre expropiación cuyo procedimiento se señalaría en el decreto reglamentario (Art. 61 de dicha ley). Al efecto se expidió el Decreto 719 de 1968 que fue demandado en acción de nulidad, pero esta corporación no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el mérito de la pretensión porque el decreto fue derogado por el artículo 25 de la Ley 4ª de 1973, en cuyos artículos 4º a 5º se determinó el respectivo procedimiento.

Bajo la vigencia de la Ley 4ª citada, el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria dictó el decreto acusado en el cual se reiteran las modalidades del procedimiento previsto en la Ley 4ª pero se agregan algunas prescripciones no contenidas en ésta como se advierte de la comparación de los dos textos.

Ley 4ª de 1973. Artículo 61. “4. Contra la resolución que ordena una expropiación no cabe recurso alguno por la vía gubernativa, ni las acciones contencioso administrativas que la ley consagra, pero podrá consultarse con el tribunal administrativo, con jurisdicción en el departamento o territorio nacional en que se encuentre el bien o en que radiquen los derechos reales objeto de expropiación. Si se extendiera a varios, conocerá a prevención cualquiera de los respectivos tribunales. La consulta se tramitará, si así la solicitare el propietario o interesado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación y versará sobre la calificación de las tierras y su calidad de expropiables.

El tribunal aprobará o modificará la calificación de las tierras y determinará la viabilidad de la expropiación de conformidad con el siguiente procedimiento.

Los términos para fundamentar la consulta, así como la fijación en lista en caso de aceptación del recurso y con el fin de que las partes puedan presentar los alegatos que tuvieren a bien, serán de tres (3) días. El tribunal resolverá la consulta previo un dictamen de tres (3) peritos que se designarán así:

Uno sorteado de la lista del Cuerpo Especial de Peritos para la Reforma Agraria, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; otro

de la lista que para el efecto elabore el Comité Asesor de la Política Agropecuaria con personas idóneas; y un tercero sorteado de ambas listas. Mientras se elaboran las listas del Comité Asesor de la Política Agropecuaria, los tres (3) peritos se sortearán de la lista de peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Los peritos dispondrán de un término de diez (10) días para rendir el dictamen y el tribunal fallará dentro de los cinco (5) días siguientes. El incumplimiento de los términos señalados por parte de los magistrados del tribunal, será causal de mala conducta.

5. Ejecutoriada que se halle la providencia sobre expropiación, se adelantará el juicio ante el respectivo juez del circuito. El Instituto podrá solicitar en la demanda que se le ponga en inmediata posesión de las tierras cuya expropiación ordenó adelantar, pero esta posesión no podrá hacerse efectiva en tanto no se hayan cumplido los plazos a que se refiere el inciso 1º del artículo 67 de esta ley. Para solicitar tal entrega el Instituto deberá consignar el valor del predio en bonos agrarios de la clase B, si se tratare de tierras incultas, o en dinero efectivo la parte que deba pagarse como primer contado de la operación, si se tratare de otra clase de tierras. Para este solo efecto se tendrá como valor de las tierras el señalado en el catastro o en el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, conforme a las reglas del Decreto 2395 de 1963.

Hecha la petición, el juez ordenará la entrega dentro del término de dos (2) días y dispondrá que la diligencia se realice en un plazo no mayor de diez (10) días. Contra la decisión del juez que ordena la entrega no cabe recurso alguno. Es entendido que el Instituto reconocerá intereses a la tasa que señala la presente ley, sobre el valor no consignado, de conformidad con la sentencia de expropiación, desde la fecha en que entre en posesión de las tierras. En la diligencia de entrega no se admitirán oposiciones que se fundamenten en hechos tales como la calificación de tierras o su inexpropiabilidad y en general, sobre la viabilidad de expropiación, que tuviere oportunidad de discutirse por el demandado en las etapas anteriores.

Las apelaciones en el juicio de expropiación se concederán siempre en el efecto devolutivo con excepción de la del auto que niega la expropiación que lo será en el suspensivo.

6. En la tramitación de los juicios de expropiación de predios destinados a programas de reforma agraria, se observarán las normas del Código de Procedimiento Civil, pero lo relativo a la forma de pago de las tierras y de los créditos hipotecarios y la manera de regular la indemnización, se regirá por las disposiciones de la presente ley y del Decreto 2395 de 1963".

Decreto 1576 de 1974. Artículos 37, 38, 39, 40, 41 y 42.

**"Artículo 37.** La consulta. Oportunidad. Contra la resolución que ordena una expropiación no cabe recurso alguno por la vía gubernativa, ni las acciones contencioso administrativas ordinarias, pero podrá consultarse ante el tribunal administrativo con jurisdicción en el departamento o territorio nacional en donde se

encuentre ubicado el inmueble. Si el inmueble estuviere situado en varias jurisdicciones territoriales conocerá a prevención cualquiera de los respectivos tribunales.

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación el propietario interesado podrá proponer ante la Gerencia del Instituto o ante la oficina seccional que practique la notificación, la consulta de la resolución para ante el correspondiente tribunal administrativo.

**Solicitada la consulta, el Instituto enviará al tribunal el expediente administrativo y las resoluciones que decretaron y aprobaron la expropiación del fundo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la expiración del término de que trata el inciso anterior. Si así no lo hiciere, el interesado podrá pedir al tribunal que, bajo los apremios legales, requiera al Instituto para que remita el expediente dentro del término que le señale. El auto que resuelva favorablemente la solicitud ante el tribunal, no requiere notificación.**

#### **Artículo 38. Trámite de la consulta.**

Recibido el expediente se procederá de la siguiente manera:

**1. El presidente del tribunal procederá a repartir el negocio el mismo día de su llegada.**

2. Hecho el reparto, el tribunal ordenará al interesado que, por escrito, fundamente la consulta, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva. El escrito de fundamentación de la consulta deberá llenar los requisitos señalados en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

**3. Vencido el plazo anterior, el tribunal dispondrá de un (1) día para decidir si acepta o no la consulta.**

El tribunal sólo admitirá la consulta que reúna los requisitos legales, y que verse sobre la calificación de las tierras, su calidad de expropiables, o estuviere basada en nulidad por vicios en la actuación administrativa.

**El auto que admita la consulta se notificará personalmente al Gerente del Instituto o a su apoderado.**

4. En caso de aceptación de la consulta y cuando el tribunal lo juzgue necesario, en la misma providencia se dispondrá la práctica de un peritazgo por tres (3) expertos designados mediante sorteo público, así:

Uno, de la lista del Cuerpo Especial de Peritos para la Reforma Agraria, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; otro, de la lista que para el efecto elabore el Comité Asesor de la Política Agropecuaria; y un tercero, sorteado de ambas listas.

Mientras se elabora la lista del Comité Asesor de la Política Agropecuaria, los tres (3) peritos se sortearán de la lista del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

5. Dentro de los diez (10) días siguientes a su posesión, los peritos deberán rendir el dictámen, del cual se dará traslado a las partes por tres (3) días para que, si lo estiman del caso, soliciten su adición o ampliación.

Si el Tribunal lo considera procedente dispondrá que, dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que lo ordena, se hagan las ampliaciones o aclaraciones pertinentes.

**El tribunal podrá decretar de oficio la adición o aclaración del dictamen.**

6. Rendido el dictamen, su aclaración o ampliación, se fijará el negocio en lista por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos, luego de lo cual y dentro de los cinco (5) días posteriores, el tribunal deberá decidir la consulta.

Parágrafo. El incumplimiento de los términos señalados por parte de los magistrados del tribunal, será causal de mala conducta.

#### **Artículo 39. Dictamen pericial.**

El dictamen sólo puede versar sobre la calificación de las tierras, y si el derecho de exclusión o el derecho de compra en favor del propietario han sido reconocidos conforme a las normas vigentes, tanto en lo que respecta a su área, como a la aptitud productiva de ésta.

Cuando se trate de expropiación de predios ocupados por pequeños arrendatarios, aparceros o similares, el dictamen versará sobre el número de tales tenedores, las superficies que ocupen, y si dan las circunstancias de que trata el parágrafo 2º del artículo 10 bis de la Ley 135 de 1961 (Ley 1ª de 1968, artículo 29).

En todo caso, los peritos deberán dictaminar si la explotación o mejoras que se encuentren en el predio al momento de su examen son anteriores o posteriores a la fecha de la diligencia del examen del inmueble practicada por el Instituto durante el trámite administrativo de adquisición.

#### **Artículo 40. Decisión del tribunal.**

La decisión del tribunal solo podrá declarar:

1. Si el trámite administrativo se adelantó de conformidad con los ordenamientos legales. En caso negativo, y sin pronunciamiento de fondo sobre la calificación de las tierras o viabilidad de la expropiación, ordenará rehacer el procedimiento defectuoso, quedando en firme la actuación anterior a éste.

2. Si la calificación de las tierras y la determinación del área adquirible se hicieron conforme a la ley. Si no fue este el caso, sustituirá la calificación por la que corresponda o determinará la porción excluible.

3. Si la expropiación decretada es viable en los términos de la resolución consultada o con modificaciones que el tribunal le introduzca.

Parágrafo. El tribunal sólo podrá pronunciarse sobre la causal o causales invocadas en el escrito de sustentación de la consulta.

**Artículo 41.** Iniciación del proceso, entrega anticipada. En firme la resolución de expropiación o la decisión del tribunal administrativo, si se hubiere interpuesto consulta, se adelantará el proceso de expropiación ante el juez competente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 67 de la Ley 135 de 1961, el Instituto podrá solicitar en la demanda que se le ponga en inmediata posesión de las tierras objeto de expropiación, y así lo ordenará el juez, dentro del término de dos (2) días, aun antes de la notificación y traslado de la demanda, si el Instituto consigna el valor total en bonos agrarios de la clase B, cuando se tratare de tierras calificadas como incultas; **el cincuenta por ciento (50%) del contado inicial, en dinero efectivo, si se trata de tierras adecuadamente explotadas, o la totalidad de lo que corresponda pagar como contado inicial, en los demás casos.**

El monto de lo que deba consignarse se calculará teniendo en cuenta las reglas del Decreto 2395 de 1963, con base en el avalúo catastral vigente, o en el administrativo practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi dentro de las diligencias de adquisición. Si la expropiación versa sobre partes del fundo, la consignación se hará en la proporción que corresponda al área adquirible dentro del avalúo total. Cuando la expropiación se refiera a un predio en el cual concurren diferentes calificaciones, la consignación se hará calculando para cada porción el contado inicial que le corresponda de acuerdo con su respectiva calificación.

El Instituto reconocerá intereses, a la tasa señalada en el artículo 19 de este decreto, sobre el valor no consignado, de conformidad con la sentencia de expropiación.

El juez ordenará la entrega del inmueble, con todas sus anexidades y mejoras, la cual deberá hacerse en un plazo no mayor de diez (10) días.

La decisión mediante la cual se accede a la solicitud de entrega no es susceptible de recurso alguno, pero la que la niegue podrá ser apelada.

No podrá admitirse oposición del demandado en el acto de la diligencia de entrega cuando tenga como fundamento hechos tales como la calificación y mensura de las tierras, determinación de la zona adquirible o excluible, forma de pago, inexpropiabilidad o, en general, sobre viabilidad de la expropiación, materias que debieron discutirse en la etapa administrativa o en el recurso de consulta.

La oposición de terceros se tramitará y resolverá en la forma establecida por el numeral 3º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil.

Las apelaciones en el proceso de expropiación se concederán siempre en el efecto devolutivo, con excepción de la que se surta con la providencia que niega la expropiación, que lo será en el suspensivo.

**“Artículo 42. Dictamen pericial.**

Dentro del proceso de expropiación la designación de los peritos se hará por sorteo público, en la forma prevista en el numeral 4º del artículo 38”.

De la simple confrontación entre las disposiciones de la Ley 4ª de 1973 y las del decreto acusado se viene en conclusión a lo siguiente:

Que, en los artículos del decreto, materia de la pretensión de nulidad se han consagrado disposiciones nuevas no contenidas en la ley que se dice reglamentar, dictadas con el evidente propósito de colmar aparentes vacíos procesales. Pero ocurre que en el derecho procesal existen preceptos muy precisos para solucionar esa clase de situaciones como los artículos 282 del Código Contencioso Administrativo y 5º del Código de Procedimiento Civil.

**“Artículo 282. Los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.**

**“Artículo 5º Vacíos y deficiencias del Código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”.**

La razón de ser de las disposiciones transcritas, estriba en la naturaleza de la norma procesal cuya ejecución incumbe a los jueces (Art. 57 C. N.) y no a la administración, por ser aquéllos los encargados por la Constitución de administrar justicia; de manera que, cuando una deficiencia normativa dificulte la ejecución del precepto procesal, el juez está obligado a disponer de los medios adecuados para alcanzar la eficacia de la **ley procesal** (Art. 48 de la Ley 135 de 1961) para lo cual debe proceder como está previsto en los artículos antes transcritos. Así, en la materia contencioso administrativa (como es el caso del “proceso de consulta” previsto en la Ley 4ª de 1973), mediante la aplicación analógica de los preceptos del Código de la materia y en subsidio, de los consagrados en el Código de Procedimiento Civil; en tratándose de asuntos regulados directamente por el Código de Procedimiento Civil (como es el caso del proceso de expropiación a que se refiere la misma Ley 4ª) mediante la misma regla analógica, en la forma que señala el artículo 5º del referido Código de Procedimiento Civil.

Las disposiciones del decreto reglamentario no contenidas en la ley y que, por lo tanto la adicionan, son:

**Primera.** La primera parte del inciso 3º del artículo 37 en cuanto señala un término de treinta (30) días para que el Insti-

tuto de la Reforma Agraria envíe al tribunal el expediente con la resolución de expropiación contra la cual se haya propuesto la consulta, es una disposición no prevista en la Ley 4ª. De acuerdo con las normas procesales vigentes "a falta de término legal para un acto el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento" (Art. 119 C. de P. C.). En tal virtud si el Instituto no envía de inmediato el expediente al tribunal, la persona que ha propuesto la consulta debe pedirle al mismo tribunal que ordene a aquél, hacerlo dentro del término que estime necesario. Resulta entonces claro que lo dispuesto en el aparte del inciso del acto acusado que se comenta, no sólo excede manifiestamente lo preceptuado en la Ley 4ª de 1973, sino que desconoce una facultad asignada por la ley procesal a los jueces.

**Segunda.** El aparte final del último inciso del artículo 37, en cuanto dispone que el auto por el cual se resuelve favorablemente la solicitud ante el tribunal no requiere notificación es también disposición nueva, no contenida en la ley que se dice reglamentar y, además, es manifiestamente contrario al precepto procesal según el cual, en principio, toda providencia judicial debe notificarse salvo aquellas que contienen órdenes dirigidas al secretario del despacho judicial y las demás expresamente señaladas en la ley.

**Tercera.** Se dispone en el numeral 1º del artículo 38 que el presidente del tribunal procederá a repartir el negocio el mismo día de su llegada. Tampoco contiene la Ley 4ª norma alguna al respecto y de conformidad con las disposiciones legales vigentes (Decreto 1265 de 1970 artículos 6º, 8º y 19) le corresponde a las corporaciones judiciales, en ejercicio de la facultad de expedir su reglamento, señalar el día o días para el reparto de los asuntos que se reciban.

**Cuarta.** Se prescribe en el numeral 2º del artículo 38 del Decreto acusado que el escrito de fundamentación de la consulta deberá llenar los requisitos señalados en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. No obstante que la Ley 4ª de 1973 no contiene tal precepto, resulta indiscutible que todo escrito en el cual se formula una pretensión debe estimarse como una demanda, y por lo tanto debe sujetarse a las exigencias que la ley prevé para tal acto procesal; por consiguiente esta disposición reglamentaria resulta ser la reiteración de lo preceptuado en la ley, razón por la cual no puede considerarse manifiestamente ilegal.

**Quinta.** En el inciso 3º del artículo 37 se le señala al tribunal el término de un (1) día para disponer si acepta o no la consulta. La Ley 4ª de 1973 no contiene precepto alguno al respecto, pero en la ley procesal (Art. 124 del C. de P. C.) sí están señalados los términos para dictar las resoluciones judiciales. De conformidad con estas disposiciones, si el auto es admisorio del recurso, en cuanto esta providencia es de trámite o de sustanciación, debe dictarse dentro del término de tres (3) días: si es inadmisorio de diez (10) días. En consecuencia el precepto del acto acusado, es manifiestamente violatorio de la ley.



**Sexta.** La parte final del inciso 2º del mismo numeral 3º que corresponde a la frase "o estuviere basada en nulidad por vicios de la actuación administrativa" constituye una causal nueva de la consulta, pues en la Ley 4ª de 1973 se instituyó este trámite jurisdiccional únicamente para cuestionar la calificación administrativa de las tierras y su calidad de expropiables, razón por la cual la disposición reglamentaria es manifiestamente ilegal.

**Séptima.** En el inciso 3º del numeral 3º del mismo artículo 37 se dispone que la admisión de la consulta se notificará personalmente al Gerente del Instituto o a su apoderado. Si bien es verdad que la Ley 4ª no contiene regulación al respecto, no es menos cierto que por tratarse de una forma específica de demanda en una materia contenciosa administrativa que implica restablecimiento de un derecho particular, el auto admisorio que abre la posibilidad del proceso debe notificarse personalmente a la entidad contra quien se dirige la pretensión. En tal virtud el precepto reglamentario viene a ser una reiteración de la norma legal y, por lo tanto, no es manifiesta su ilegalidad.

**Octava.** Los incisos 2º y 3º del numeral 5º del referido artículo 37 contienen disposiciones que a pesar de no estar previstas en la Ley 4ª de 1973 son una reiteración de lo preceptuado en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a esta clase de asuntos, salvo en cuanto señala un término de tres días para que los peritos aclaren o adicionen su dictamen, pues a este respecto el artículo 238 citado confiere al juez la potestad de fijar un término prudencial que no podrá exceder de diez (10) días. En consecuencia la disposición acusada sólo es manifiestamente ilegal en ese punto.

**Novena.** En el numeral 1º del artículo 40 se prevé como materia de declaración en la sentencia del tribunal la conformidad o la inconformidad del trámite administrativo de expropiación con los respectivos ordenamientos legales, con lo cual se le asigna al procedimiento de la consulta un objeto que no está consagrado en la ley. En efecto el aparte cuarto del artículo 61 de la Ley 4ª de 1973 dice que el trámite de la consulta, únicamente "versará sobre la calificación de las tierras y su calidad de expropiables". Por consiguiente todo este numeral es manifiestamente ilegal.

**Décima.** A pesar de que lo contenido en el parágrafo del referido artículo 40 no está expresamente consagrado en la Ley 4ª de 1973 sin embargo está implícito en ella, en cuanto este procedimiento especial se inspira en el principio dispositivo y en la regla general del proceso, según la cual la sentencia debe limitarse a las peticiones que se formulen en la demanda.

**Decimoprimer.** La Ley 4ª de 1973 establece que el Instituto podrá solicitar que se le ponga en inmediata posesión de las tierras cuya expropiación haya solicitado ante el respectivo juez del circuito, para lo cual debe consignar "en dinero efectivo la parte que deba pagarse como primer contado de la operación, si se tratare de otra clase de tierras", es decir de aquellas que no puedan reputarse como incultas. En cambio en el inciso 2º del artículo 40

del decreto reglamentario ese valor se rebaja al 50% del contado inicial, con lo cual se ha incurrido en manifiesta violación de la ley”.

El señor Fiscal 1º manifestó:

“Como puede verse de lo parcialmente transcrito, ya en el auto de suspensión provisional el honorable Consejero ponente hizo un estudio muy extenso y muy jurídico de las normas objeto de la demanda, frente a las que se indicaron como violadas, a lo cual nada tiene que agregar esta Fiscalía, pues comparte totalmente lo que ya ha sido allí muy bien expuesto.

En cuanto a las disposiciones que no merecieron la suspensión provisional, se dice que en relación con ellas no concurre el presupuesto de manifiesta ilegalidad porque son reiteración de las disposiciones legales que se dice reglamentar. Y como en realidad de eso se trata, considera esta Fiscalía que si bien estas últimas son redundantes, no por ello se violan normas superiores y por lo mismo no debe decretarse su nulidad.

Como conclusión de lo expuesto, en concepto de este despacho, deben anularse las normas que ya fueron suspendidas y negarse lo que no fue objeto de tal medida provisoria”.

La Sala Plural reitera el razonamiento transcrito y lo acoge como fundamento de su decisión de fondo, con la siguiente salvedad:

En cuanto al aparte del artículo 37 que dice: “Solicitada la consulta el Instituto enviará el expediente administrativo y las resoluciones que decretaron y aprobaron la expropiación del fundo, dentro de los treinta días siguientes a la expiración del término de que trata el inciso anterior”, la Sala considera que no se trata de un término dentro del proceso sino de un plazo anterior al proceso en el cual la administración debe realizar una obligación que se deriva de la ley. En tal virtud se concluye que dadas estas consideraciones dicha prescripción sí puede estimarse como materia de reglamentación.

Las demás prescripciones de los artículos 37 a 42 del Decreto 1576 de 1974 cuya nulidad también pretende el actor y de las cuales no hace mención específica, contienen disposiciones ya consignadas en la ley y, por lo mismo, apenas son una reiteración de éstas. Podría discutirse la conveniencia técnica de esa práctica empleada para la reglamentación de la ley, pero lo cierto es que de ninguna manera podría considerárselas como violatorias de normas superiores.

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 de los siguientes apartes de las disposiciones del Decreto reglamentario número 1576 de 1974 (agosto 1º):

“El auto que resuelva favorablemente la solicitud ante el tribunal, no requiere notificación...”.

“Artículo 38... El presidente del tribunal procederá a repartir el negocio el mismo día de su llegada...”.

...Vencido el plazo anterior, el tribunal dispondrá de un día para decidir si acepta o no la consulta...

...o estuviera basada en nulidad por vicios en la actuación administrativa...

3... dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que lo ordene...

“Artículo 40... Si el trámite administrativo se adelantó de conformidad con los ordenamientos legales. En caso negativo, y sin pronunciamiento de fondo sobre la calificación de las tierras o viabilidad de la expropiación, ordenará rehacer el procedimiento defectuoso, quedando en firme la actuación anterior a éste...”

“Artículo 41... el cincuenta por ciento (50%) del contado inicial, en dinero efectivo, si se trata de tierras adecuadamente explotadas...”

En lo demás niéganse las peticiones de la demanda.

Levántase el decreto de suspensión provisional del siguiente aparte del artículo 37 del Decreto 1576 de 1974:

“Solicitada la consulta el Instituto enviará al tribunal el expediente administrativo y las resoluciones que decretaron y aprobaron la expropiación del fundo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la expropiación del término de que trata el inciso anterior...”

Previa ejecutoria archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**SUSTITUCION DE PENSIONES.**— Se declara la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 690 de 1974, reglamentario de la Ley 33 de 1973: el párrafo del artículo 2º; la parte del inciso 1º del artículo 3º “o se presente alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior”, así como la totalidad del inciso 2º del mismo artículo 3º; el artículo 4º a excepción del inciso 2º y el inciso 2º del párrafo del artículo 6º.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.**— Bogotá, D. E., abril siete de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: Doctor Nemesio Camacho R.).

Ref.: Radic. Nº 2821. Decretos del Gobierno. Actor: Milán Díaz García y Arcadio López.

Milán Díaz García y Arcadio López, en ejercicio de la acción de nulidad, piden al Consejo que las declare por ser inconstitucionales e ilegales las siguientes disposiciones del Decreto 690 de 1974, reglamentario de la Ley 33 de 1973:

“Primera. El párrafo del artículo 2º, en toda su extensión, o sea, en sus tres acápites.

“Segunda. La parte del inciso primero del artículo 3º que dice: “o se presente alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior”, así como la totalidad del inciso segundo del mismo artículo 3º.

“Tercera. El artículo 4º en su totalidad, o sea, en sus dos incisos y el párrafo; y

“Cuarta. El segundo inciso del párrafo del artículo 6º en su integridad”.

Tramitado el juicio legalmente ante el Consejo debe advertirse que se negó la suspensión provisional que había sido pedida. Además los demandantes citaron como disposiciones violadas el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973 y el artículo 3º de la misma ley.

Los fundamentos en que se basa la acción son los siguientes:

“El Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 33 de 1973, por medio del Decreto 690 de 1974 y dictar las disposiciones que acusamos, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en la Constitución Nacional, lo que aparece **prima facie**, puesto que las disposiciones de que se trata no conducen propiamente a la cumplida ejecución de aquella ley, sino que restringen y modifican desfavorablemente los derechos consagrados por ella, según las consideraciones que a continuación se expresan para lo cual seguiremos el orden de la parte petitoria:

“Primera. Las disposiciones a que se refiere este punto, violan, a primera vista, lo consagrado en el párrafo primero del artículo 1º de la Ley 33 de 1973, por cuanto esta norma consagra el derecho a sustitución de pensión en favor de los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, derecho de que pueden disfrutar en concurrencia con la cónyuge supérstite, hasta cumplir la mayoría de edad o hasta terminar sus estudios o al cesar la invalidez y en manera alguna tal norma prescribe las restricciones, modificaciones y condiciones que se señalan por las disposiciones demandadas, que se relacionan con auxilios, becas, recompensas, entradas o ingresos que permitan la congrua subsistencia; ni se exigen formalidades de carácter escolar, ni el cumplimiento y aprobación de períodos de estudios, ni comprobación de asistencia escolar, ni mutuación de carrera o profesión, todo ello indicativo de ejercicio de exceso de poder en cuanto a la facultad reglamentaria, constituyéndose así el Gobierno en legislador sin tener facultad para recortar derechos consagrados por la ley.

“Segunda. Al considerarse nulas las disposiciones a que se refiere el punto anterior de la presente demanda, consecuencialmente se debe declarar la nulidad de la frase “o se presente alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior”, obrante en el párrafo del artículo 2º, que hace relación a tales circunstancias, así como la referencia que también se hace en el inciso segundo del mencionado artículo 3º en cuanto establece reducción de la pensión en los casos de auxilio, beca, recompensa o entrada obtenida por el estudiante, condiciones que al tenerse en cuenta violarían el derecho determinado por la Ley 33, dado que ésta no las prescribe.

“Tercera. Las normas contenidas en el artículo 4º del decreto cuestionado, contienen limitaciones y sanciones que violan ostensiblemente el principio consagrado en el párrafo primero del artículo 1º de la Ley 33 de 1973, toda vez que esta norma consagra en favor de los hijos menores y estudiantes, el derecho de disfrutar de la pensión que tenía asignada el causante, sin establecer limitaciones ni circunstancias especiales, como la de que por el hecho de trabajar el menor pierda la sustitución: la de que cese el disfrute de la pensión cuando el menor o el inválido contrajeren matrimonio o hicieren vida marital, o la de perder el derecho en cuestión el estudiante cuando sobrepase los 23 años de edad, a pesar de que la ley lo que quiso fue favorecer al menor que sobre-

pase la mayor edad hasta el término de sus estudios, sin obligarlo a permanecer soltero, o sancionarlo por tener el mérito de ocuparse en el trabajo, de todo lo cual se deduce que el Gobierno —cuando fue su Ministro de Trabajo y Seguridad Social el doctor José Antonio Murgas— en lugar de ejercer la facultad reglamentaria para facilitar la cumplida ejecución de la ley, aparece como implacable perseguidor de los hijos menores, naturales o no, estudiantes, inválidos y solteros, a quienes con la norma reglamentaria que acusamos se les causaría grave perjuicio por el hecho de estudiar, trabajar, casarse, organizar su vida marital o insistir en el estudio pasados los 23 años.

“Cuarta. La norma que se acusa, por su mala redacción, viola el precepto contenido en el artículo 3º de la Ley 33, en vista de que ésta consagra ampliamente y sin limitaciones en favor de las viudas y los hijos el derecho a los reajustes y beneficios que determine la ley en pro de los pensionados o causantes y no sólo a los que tenían éstos al fallecer. De modo que las mejoras o beneficios posteriores a la muerte del pensionado no serían aplicables a los beneficiarios por no pertenecer al régimen legal existente en el momento de la muerte de aquél.

“En términos generales, como ninguna de las reformas, recortes, limitaciones y restricciones fueron prescritos por la Ley 33 de 1973, se patentizan el abuso de poder y la violación de los derechos consagrados por aquélla, en perjuicio de los respectivos beneficiarios y sin que se hubieran tenido en cuenta las consecuencias de carácter moral, social y económico que tales abuso y violación ocasionarían”.

Tramitado el juicio legalmente ante el Consejo sin que se observe nulidad en lo actuado corresponde a la Sala proferir su fallo a lo cual procede, teniendo en cuenta que la Fiscalía Cuarta de la corporación pide que se decrete la nulidad de las normas contenidas en el Decreto reglamentario 690 de 19 de abril de 1974, a excepción del inciso 1º del artículo 4º de tal decreto.

Las disposiciones acusadas dicen así: el párrafo del artículo 2º del decreto reglamentario:

“Párrafo. Los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios solamente se harán acreedores al derecho que se les señala en este artículo cuando no reciban auxilio, beca, recompensa o cualquiera otra entrada que les permita su congrua subsistencia.

“Para gozar de este derecho también deberán demostrar su formalidad escolar, esto es, su cumplimiento con los pécunios establecidos y la aprobación del respectivo período de estudios, acreditando mensualmente la asistencia puntual.

“Dentro de los dos primeros años de estudios universitarios el cambio de carrera o profesión en más de dos ocasiones, por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la pensión”.

El artículo 3º en cuanto dice: “o se presente alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior”.

Y el 2º inciso del artículo 3º que dice:

“Si el auxilio, beca, recompensa, sueldo, o cualquiera otra entrada del estudiante, apenas le facilita el pago de una parte de sus gastos mensuales, la pensión se reducirá entonces al restante para completar la congrua subsistencia”.

El artículo 4º en su totalidad que dice:

“Artículo 4º Los mayores de catorce años que hayan obtenido autorización escrita para trabajar no tendrán derecho a la sustitución pensional durante el tiempo en que se encuentre vigente el respectivo contrato.

“La pensión cesa automáticamente cuando los menores de edad o los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios contrajeran matrimonio o hicieren vida marital en forma pública. Bastará en el primer caso la partida civil o eclesiástica correspondiente para demostrar el matrimonio. La existencia del amancebamiento requiere prueba controvertida.

“Parágrafo. La incapacidad para trabajar por razón de los estudios no podrá sobrepasar la edad de veintitrés (23) años”.

Y el 2º inciso del parágrafo del artículo 6º:

“Se entenderá, en todo caso, que el régimen legal aplicable a la pensión si viviera el causante será el mismo que deberá observarse cuando ocurra la sustitución pensional”.

Como se indicó atrás consideran los demandantes que las normas del decreto reglamentario acusado violan el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973 que dice:

“Parágrafo 1º Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge superviviente la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon.

“Si concurrieren cónyuge e hijos la mesada pensional se pagará: el 50% al cónyuge y el resto para los hijos, por partes iguales.

“La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciban los demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital”.

Y el artículo 3º de la misma ley que establece:

“Artículo 3º Las viudas y los hijos de que trata la presente disposición, tienen derecho a los reajustes y demás beneficios y obligaciones consagrados por las leyes en favor de los pensionados”.

Haciendo una comparación de las normas del Decreto 690 de 1974, reglamentario de la Ley 33 de 1973 se observa: es evidente como lo ex-

presa la Fiscalía, que los decretos reglamentarios no pueden ni ampliar ni restringir el contenido de las normas que se trata de reglamentar y que, si lo hacen, deben ser anulados.

Dice la Fiscalía:

“En efecto la norma transcrita se limita a desarrollar la ley que reglamenta, según la cual los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. La disposición reglamentaria que ahora se estudia no dispone nada nuevo puesto que apenas aclara o explica que los mayores de catorce años que hayan obtenido autorización escrita para trabajar, como es obvio, no tendrán derecho a la sustitución pensional, lo cual tiene que ser así porque uno de los requisitos exigidos al menor para tener derecho a la prestación pensional es la de que dependa económicamente del causante y que esté incapacitado para trabajar en virtud de los estudios. Luego, el artículo 4º en su inciso 1º del Decreto reglamentario de la prenombrada Ley 33 si bien sobraba, es decir, no era absolutamente necesario haberlo incluido en el estatuto reglamentario, tampoco da base para que se afirme que su contenido desbordó la potestad reglamentaria y por lo tanto la nulidad solicitada no puede hacerse extensiva a él.

“Pero en cuanto respecta a las otras normas citadas en la demanda, bien se ve que el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria pues no sólo se consagran limitaciones y causales no contempladas en el estatuto reglamentado, sino que se fijan condiciones que este último tampoco señala, con lo cual no es aventurado afirmar que el Decreto 690 de 1974, en las disposiciones acusadas no se limita a desarrollar lo previsto en la ley sustantiva para su cumplida ejecución, sino que unas veces la restringe o la amplía en forma caprichosa o arbitraria y en tal virtud no se ha ceñido a las características o principios generales que deben tenerse en cuenta para su expedición. Sobre este punto el Consejo de Estado, en innumerables ocasiones se ha pronunciado así:

“El decreto reglamentario no puede ser otra cosa que el desarrollo lógico de las disposiciones de la ley que trata de reglamentar y que no puede, sin incurrir en extralimitación, establecer nada que implícitamente no se halle contenido en aquélla. Por lo mismo, tampoco puede cercenar nada de lo expresamente estatuido en la ley. En uno y otro casos, excedería la potestad reglamentaria” (sentencia 14 de noviembre de 1949, tomo LVIII, números 367 y 371, Pág. 289).

“En consecuencia, como el estatuto reglamentario condiciona el derecho de las personas allí relacionadas a requisitos y a una edad tope que no contempla la Ley 33, debe concluirse como lo dicen los demandantes, que como ninguna “de las reformas, limitaciones y restricciones previstas en el decreto reglamentario fue-



ron contempladas en la ley reglamentada" se patentiza el abuso de poder y la violación de los derechos consagrados en aquélla".

En estas condiciones el Consejo deberá atender el concepto de la Fiscalía.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la Fiscalía Cuarta de la corporación,

**Falla:**

Son nulas las siguientes disposiciones contenidas en el decreto reglamentario de la Ley 33 de 1973; número 690 de 1974:

1º El parágrafo del artículo 2º en toda su extensión.

2º La parte del inciso primero del artículo 3º que dice: "o se presente alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior", así como la totalidad del inciso 2º del mismo artículo 3º.

3º El artículo 4º a excepción del inciso 2º.

4º El inciso 2º del parágrafo del artículo 6º.

Cópiese y notifíquese.

El anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en reunión verificada el día 2 de abril de 1976.

*Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Rafael Tafur Herrán, Ricardo Uribe Holguín.*

*Alvaro Soto Angel, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**POTESTAD REGLAMENTARIA.— Ejercicio y delegación. Se declara la nulidad del artículo 7º del Decreto reglamentario 1551 de 1974.**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., abril nueve de mil novecientos setenta y seis.**

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 8 de abril de 1976).

Ref.: 2279. Actor: Hernando Gómez Mejía.

El doctor Hernando Gómez Mejía, en ejercicio de la acción pública contencioso administrativa pretende que se declare la nulidad del artículo 7º del Decreto reglamentario 1551 de 1974 (julio 31) dictado por el Gobierno Nacional y de las Resoluciones números 165 de 1974 (mayo 29), 375 de 1974 (octubre 14), 045 de 1975 (febrero 3), dictadas estas últimas por el Director General Marítimo y Portuario.

### **Resumen de los cargos formulados en la demanda**

**Primero.** A. Sostiene el actor que el artículo 7º del decreto antes indicado, en cuanto prescribe que "La Dirección Marítima y Portuaria o la entidad que haga sus veces reglamentará por resolución lo dispuesto en este decreto" es violatorio de las siguientes disposiciones: ordinal 3º del artículo 120 y artículo 135 de la Constitución Nacional, Ley 202 de 1936, artículos 1º y 3º del Decreto extraordinario 2730 de 1942 y numeral 9º del artículo 4º del Decreto-ley 2349 de 1971 (diciembre 3).

El concepto de la violación puede sintetizarse así: La potestad reglamentaria le compete al Presidente como suprema autoridad administrativa (artículo 120-3 de la C. N.); como esa función está comprendida dentro de lo preceptuado por el artículo 135 ibídem sería posible su delegación en cabeza de los ministros del despacho de los jefes de los departamentos administrativos y de los gobernadores, siempre y cuando que una ley previa haya autorizado la delegación. Agrega que la Ley 202 de 1936 al señalar las funciones delegables por el Presidente no incluye la de ejercer la potestad reglamentaria; admite que conforme al ordinal a) del artículo 1º de la ley se faculta al Presidente para de-

legar la atribución de expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, pero afirma que "aunque esta disposición se presta a confusión y aun puede llevar a pensar que se delegó la facultad reglamentaria, si se medita en su sentido, en realidad no hubo tal, pues la facultad de dictar órdenes para que se cumplan las leyes y los mismos decretos reglamentarios era muy distinta a la facultad reglamentaria, que si esto hubiera querido la ley lo hubiera dicho clara y paladinamente". Para abonar su razonamiento cita y transcribe apartes de la sentencia de esta corporación dictada el 31 de enero de 1962 y publicada en Anales, tomo LXIV, números 397 y 398, página 49.

Se refiere luego al precepto contenido en el Decreto-ley 2730 de 1942 que también prevé la delegación de la facultad de expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y de los decretos reglamentarios y, a propósito, expresa que las "órdenes son actos administrativos de menor calificación jurídica que los decretos que son de por sí más amplios, de mayor contenido y de mayor amplitud". Pero agrega que, aun admitiendo en gracia de discusión la posibilidad jurídica de delegar la potestad reglamentaria, tal delegación no podría hacerse en la Dirección General Marítima y Portuaria que no es un departamento administrativo, sino una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional.

B. Afirma que también se violó el artículo 4º del Decreto 2349 de 1971 porque el artículo acusado sustituyó la fórmula legal allí prevista, según la cual al Director General sólo se le otorga la facultad de presentar proyectos reglamentarios, por la de confiarle directamente la facultad reglamentaria que éste ejercerá por medio de resoluciones.

**Segundo.** La Resolución número 165 de 1974, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre los requisitos necesarios para autorizar la compra de naves y artefactos navales que se pretenda matricular en el país es violatoria según el demandante de normas superiores de derecho por los siguientes conceptos:

A. Del numeral 10 del artículo 3º del Decreto 2349 de 1971 en cuanto esta disposición asigna la función relativa a la adquisición y construcción de naves a la Dirección General y no al Director;

B. Del literal a) numeral 5º del artículo 4º del Decreto 2349 de 1971 porque esta disposición sólo se refiere a la autorización de la compra y venta de naves que enarbolen el pabellón nacional, en tanto que en la resolución acusada comprende la compra y venta de naves extranjeras;

C. Del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución en cuanto por el párrafo 1º del artículo 3º del acto acusado se desarrollan preceptos legales contenidos en los artículos 1137 y siguientes del Código de Comercio;

D. Del numeral 9º del artículo 4º del Decreto 2349 porque el Director General Marítimo y Portuario asumió una potestad reglamentaria que no tiene, pues la ley sólo le confiere la facultad de presentar proyectos de reglamentos a la aprobación del Gobierno.

**Tercero.** A juicio del demandante la Resolución número 375 de 1974 "por la cual se establecen normas de regulación del transporte marítimo

de cabotaje, es violatoria de los artículos 1º y 4º del Decreto 2349 de 1971 en cuanto el Director, ha ejercido funciones que de acuerdo con la norma legal corresponderían a la Dirección General Marítima y Portuaria. Igualmente afirma la violación del numeral 9º del artículo 4º del mismo Decreto por el mismo concepto expresado en el punto aparte segundo-D.

**Cuarto.** La Resolución 045 de 1975 "por medio de la cual se reglamenta la inscripción y expedición de licencias a corredores de contratos de fletamento marítimo, de arrendamiento de naves y de fletes y se dictan otras disposiciones es violatoria del artículo 1353 del Código de Comercio que le confiere expresamente al Gobierno la facultad de reglamentar el título correspondiente de dicha obra" y además desconoce lo preceptuado en el artículo 120-3 de la Constitución Nacional. De paso advierte el demandante que en ninguna de las disposiciones del Decreto-ley 2349 de 1971 se le ha otorgado tal función, "ni a la Dirección General Marítima y Portuaria, ni a su Director".

Se sostiene, por último en la demanda que esta resolución también viola el numeral 9º del artículo 4º del Decreto 2349 de 1971 por las mismas razones aducidas en el aparte segundo-D.

### **Suspensión provisional**

El demandante pidió que se decretara la medida provisoria de todas las disposiciones acusadas, a lo cual accedió parcialmente la Sala Unitaria suspendiendo el artículo 7º del Decreto 1551 de 1974, la Resolución 45 de 1975, el artículo 9º de la Resolución 165 de 1974 y el artículo 12 de la Resolución 375 de 1974.

### **El alegato de conclusión**

En este escrito el actor amplía su argumentación con el ánimo de demostrar que, como lo sostuvo en la demanda, debe distinguirse entre las funciones de la Dirección y del Director. Al respecto dice:

"En esta disposición sólo se decretó la suspensión provisional del artículo final en virtud del cual se establece que rige desde su expedición. Mas es lo cierto que un estudio más a fondo de su contenido y de las disposiciones violadas, tal como lo presenté en el libelo de demanda, lleva a la conclusión de que esta disposición es nula en su integridad porque en ella el Director General Marítimo y Portuaria se tomó atribuciones que de acuerdo con el Decreto extraordinario 2349 de 1971, corresponden a la Dirección General Marítima y Portuaria. Y es que si lo observa bien el honorable Consejero, tal como lo sostengo en la demanda hay una clara distinción de atribuciones y competencias entre la Dirección General Marítima y Portuaria y el Director General de la misma; pero es lo cierto que el Director General en las disposiciones acusadas ha mezclado sus atribuciones con las que tiene la Dirección General. Vale la pena reflexionar un poco sobre este argumento porque yo considero que es, en mi modesto sentir, en donde radica el núcleo o médula de las nulidades que anoté en la disposición que comento.

“Según las disposiciones del Decreto 2349, la Dirección General Marítima y Portuaria tiene una estructura compleja, con varios estamentos que en conjunto deben contribuir al ejercicio de las facultades que específicamente le señala el artículo tercero. Esa estructura aparece clara y precisamente determinada en el artículo segundo; así las cosas, cuando se quieran ejercer funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria, en la elaboración y producción de las respectivas normas jurídicas, necesariamente tienen que intervenir: El Consejo Marítimo y Portuario, integrado como lo describe el artículo quinto; la Oficina Jurídica descrita en el artículo sexto, y la Oficina de Planeación descrita en el artículo séptimo. Así las cosas el Director General no puede actuar sólo, aisladamente, como lo ha hecho en las resoluciones impugnadas; el conjunto de esos funcionarios son (sic) los que deben contribuir a la producción, con su respectiva aprobación, de las normas cuya competencia está asignada a la Dirección General Marítima y Portuaria.

El hecho de que el Director General esté dictando por sí y ante sí, disposiciones que corresponden, con todos sus integrantes, a la Dirección General Marítima y Portuaria, emana en mi sentir de una equivocada interpretación del numeral 3º del artículo 4º del Decreto 2349, numeral que dice: “Dictar las resoluciones y manuales que correspondan a la Dirección General en virtud de la competencia que le confiere el presente decreto”. Mas un obvio sentido de la hermenéutica está diciendo que al Director lo que le corresponde es una facultad de iniciativa, de proposición y estudio para que previa aprobación de los distintos estamentos que constituyen la Dirección General, se produzcan las resoluciones respectivas. Pero, repito, no puede obrar aisladamente como lo hizo, sin violar competencias.

Una interpretación distinta lleva a esta absurda conclusión: Que el Decreto 2349 le dio unas atribuciones a la Dirección General Marítima y Portuaria, pero que ellas pueden ejercerse aisladamente, por sí y ante sí, por el Director General, lo cual distorsiona completamente el contenido general y estructural del decreto.

He ahí por qué señalé en la demanda de la disposición que se comenta, la violación del numeral 10 del artículo 3º del Decreto 2349, porque el Director General escueta y aisladamente se tomó atribuciones que en realidad corresponden a la Dirección General Marítima y Portuaria. Para no repetirme innecesariamente, me remito a las otras razones que expuse sobre la nulidad de la Resolución número 165 la cual me da la impresión de que es clara y patente y por eso pido muy respetuosamente que se declare en su integridad”.

#### **El concepto del señor Fiscal Primero**

El señor Agente del Ministerio Público pide que se acceda a la nulidad impetrada, previo el siguiente razonamiento:

“En la suspensión provisional decretada, se expusieron ya con claridad las razones que se tuvieron para adoptar, parcialmente, tal medida, y no encontrándose modificación alguna en las circuns-

tancias que la motivaron, es apenas lógico que al final del proceso se haga la declaratoria definitiva correspondiente a la violación que ya de entrada se consideró como manifiesta para merecer la suspensión aludida.

En lo que respecta a las Resoluciones 165 de 29 de mayo y 375 del 14 de octubre de 1974, que sólo fueron suspendidas provisionalmente en sus artículos finales que preceptuaban su vigencia a partir de su expedición, este despacho después de analizar las serias y juiciosas argumentaciones del actor contenidas en su libelo de demanda y alegato de conclusión, está en un todo de acuerdo con ellas, y aun cuando en la misma providencia inicial se dice que la violación "no se advierte prima facie" y que al parecer el acto acusado persigue el desarrollo de lo reglamentado, al estudiar a fondo lo cuestionado bien puede concluirse que en verdad no puede el Director apropiarse de las facultades que han sido otorgadas a la Dirección General, la que, como lo afirma el demandante, tiene una estructura compleja y de la cual hace parte, aunque muy importante, el Director General, pero cuya singularización no puede confundirse.

Como este despacho, se repite, comparte la argumentación expuesta por el libelista la acoge y sin necesidad de transcribirla a ella se remite por economía procesal".

### Alegato de conclusión

El oficial naval Franklyn Liévano Fernández quien dice ser Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección General Marítima y Portuaria y quien exhibió la tarjeta profesional de abogado número 12667, presentó dentro del término para alegar el escrito que obra a folios 42 a 51.

Si bien es cierto que en el curso del proceso no se formuló solicitud para el reconocimiento formal de parte impugnadora, cosa que tampoco se hizo en el mencionado alegato, la Sala habrá de ocuparse de las razones allí expuestas por tratarse de un proceso promovido en ejercicio de acción pública y porque todas esas razones sirven al fallador para su mejor juicio. Ellas son, esencialmente:

1. Que la Dirección General Marítima y Portuaria es la dependencia administrativa a través de la cual se ejerce la autoridad en asuntos marítimos, portuarios y de marina mercante, al frente de la cual está su Director, de suerte que es insostenible la dualidad que pretende establecer el demandante entre las funciones de la Dirección y las del Director. A propósito, dice:

"Que lejos está del verdadero sentido y alcance de las normas en esta materia el actor cuyo criterio respeto y comprendo su confusión; pero es que no pueden entenderse realizarse las funciones de la Dirección sino por la persona del Director como lo señala el artículo 4º, numeral 1º, del Decreto número 2349 de 1971 y los demás organismos en que llama la atención el actor, son de carácter consultivo cuando así lo requiera el Director y en todo caso su actuación es anterior al pronunciamiento de sus disposiciones y en ningún momento puede esperarse que sea un cuerpo conjunto el

que encabece los términos de una resolución, asumiendo los asesores competencia ejecutora que no les otorga la ley”.

2. Que la Resolución 165 de 1974 es acto dictado para la ejecución de las actividades marítimas y no como lo pretende hacer entender confusamente el actor, señalando esta resolución como violatoria “de principios comunes a los seguros de personas de que trata la lección I del capítulo III del título V del Código de Comercio relativo al contrato de seguros”, ni de las disposiciones que le asignan a la Dirección la función de autorizar la compra y venta de naves que enarbolan el pabellón colombiano.

3. Que las resoluciones acusadas no tienen la categoría de actos reglamentarios de la ley, sino que están “destinados simplemente a proveer los procedimientos y normas de ejecución de las funciones” atribuidas a la Dirección. En este punto se hace una distinción entre acción genérica de reglamentar que equivaldría a la acepción del vocablo según la Academia de la Lengua y la potestad reglamentaria que tendría un sentido específico y restringido, equivalente a las órdenes necesarias en la ejecución de una función administrativa cuyos límites no ha podido fijar precisamente la doctrina, para tratar su alcance ni su exceso”.

4. En relación con la Resolución 045 de 1975 expresa, lo siguiente:

“Esta disposición impugnada como violatoria del artículo 1353 del Código de Comercio, no se refiere en ningún aparte de su contenido a la actividad propiamente del corredor, cuya reglamentación en efecto corresponde al Gobierno, sino que indica el procedimiento de inscripción y expedición de licencia que debe cumplir el corredor interesado en la tramitación de asuntos marítimos que debe estar previsto de la licencia de la autoridad marítima que señala el Decreto 2349 de 1971. Mal puede confundir el actor la actividad del corretaje, actividad de comercio definida en el artículo 1340 del Código de Comercio, de cuyo aspecto no se ocupa la Resolución 045 de 1975 por ser potestativo del Gobierno (artículo 1353 C. de Co.), y el procedimiento, trámite o diligenciamiento que ante la Dirección General Marítima y Portuaria debe realizar el corredor para inscribirse como tal ante la autoridad marítima y obtener licencia para su ejercicio en las actividades cuya vigilancia y control le es privativa como lo son las relacionadas con el transporte marítimo en el que debe desempeñarse un corredor de contratos de fletamento marítimo o un corredor para el arrendamiento de naves”.

### Consideraciones de la Sala

#### Primera

La Constitución Nacional le confiere al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, la potestad reglamentaria (Art. 120, numeral 3º) que debe ejercer conjuntamente con el ministro o el jefe de departamento administrativo correspondiente (artículo 57, inciso 2º). Se trata en este caso de la facultad reglamentaria para la ejecución de la ley o para expedir reglamentos “secundum leges”. Con-

forme al artículo 135 de la misma Carta y en razón de que la atribución en referencia tiene el carácter de administrativa, existe la posibilidad de delegarla, pero sólo en los ministros y en los jefes de departamentos administrativos, dada su calidad de jefes superiores de la administración y en los gobernadores, como agentes del Gobierno. En desarrollo del precepto constitucional indicado, la Ley 202 de 1936 señala como delegables algunas funciones presidenciales y entre ellas **“la de expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y de los decretos reglamentarios”** (artículo 1º, lit. a). En desarrollo de esta disposición legal el Presidente hizo la delegación de ese atributo constitucional, con carácter permanente en cabeza de los ministros del despacho ejecutivo, por medio del Decreto 2730 de 1942, en el cual se consigné, además, que tales órdenes, indudablemente de contenido general dado su carácter reglamentario, serían impartidas mediante resoluciones que “no necesitan someterse a la aprobación del Presidente de la República”. De esta suerte, hoy por hoy, en materia de reglamentación de la ley, le compete primero al Gobierno, constituido en cada caso por el Presidente y el ministro o ministros del ramo de que se trate, expedir el decreto reglamentario que constituye por así decirlo el acto de mayor jerarquía en el orden de la reglamentación y, en segundo lugar le correspondía a los ministros la reglamentación que podría denominarse secundaria porque vendría a ser un desarrollo del decreto con un contenido más específico y más acentuadamente técnico.

Dadas estas competencias claramente establecidas en la Constitución y desarrolladas por la ley en la forma como se deja expuesto, resulta evidente que ni el Congreso como legislador ordinario ni el Gobierno investido de facultades extraordinarias para dictar normas con fuerza de ley, ni mucho menos el Gobierno, en función reglamentaria, podrían alterarlas, adscribiendo a órganos diferentes una potestad de reglamentación reservada al propio Gobierno y a los ministros. Por esta razón considera la Sala que el artículo 7º del Decreto 1551, en virtud del cual se dispuso que “La Dirección General Marítima y Portuaria o la entidad que haga sus veces reglamentará por resolución lo dispuesto en este decreto”, es violatoria de los artículos 120 numeral 3º y 135 de la Constitución Nacional y 1º de la Ley 202 de 1936, en cuanto priva al ministro o ministros del respectivo ramo de la facultad de expedir las resoluciones reglamentarias de los decretos que dicte el Gobierno sobre el título XIV del Código de Comercio (corretaje de comercio) conforme a lo previsto en el artículo 1353 de dicha obra.

### Segunda

La Dirección General Marítima y Portuaria fue creada y organizada por el Decreto-ley 2349 de 1971 como una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional. El calificativo de Dirección, que se le asigna corresponde según el artículo 11 del Decreto 1850 de 1968, que señala las normas generales para la organización y funcionamiento de la administración nacional, a una unidad operativa que hace parte integrante de un ministerio. Las Direcciones Generales, al tenor del párrafo 1º del artículo 19 del mismo Decreto-ley 1050 de 1968, responden a “la magnitud y naturaleza del trabajo y a la unidad de orientación de ciertas funciones”, pero su organización no entraña ningún grado de descentralización, ni aún el mínimo que la ley tiene previsto en



relación con la organización de las superintendencias (artículo 4º, Decreto-ley N° 1050 de 1968).

En la organización administrativa nacional existen otras Direcciones Generales como la Dirección General de Presupuesto, la de Crédito Público, la de Impuestos, la de Aduanas, la de Tesorería y la de Valorización que son dependencias integradas dentro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Todas ellas están instituidas como organismos operativos que ejecutan un conjunto más o menos complejo de funciones relativas a un ramo importante de la administración, que requieren un cierto grado de unidad en la orientación de sus actividades y en la etapa decisoria, lo cual se trata de obtener a través de un jefe administrativo, que la ley denomina el Director General. Como a unidades operativas que son, se les atribuye la facultad de decidir los negocios de su competencia, vale decir, la de dictar o expedir los actos o providencias de contenido particular y concreto mediante los cuales culmina la ejecución de la ley. A pesar de que la Dirección General suele estar constituida por un conjunto de divisiones que a su turno, agrupan las correspondientes secciones hay una unidad de mando administrativo que se radica en cabeza del Director General.

En la Dirección General Marítima y Portuaria se integran las Divisiones de Marina Mercante, de Oceanografía y Economía Financiera; además forman parte del Despacho del Director el Consejo Marítimo y Portuario como órgano consultivo y asesor, la Oficina Jurídica y la Oficina de Planeación (artículo 2º del Decreto 2349 de 1972). Las Divisiones corresponden, a los tres grandes órdenes de materias o asuntos adscritos a la competencia de la Dirección General y las funciones que se les adscriben son, en lo general de preparación y de trámite de los actos o decisiones atribuidas a la Dirección General. En algunos casos, expresamente determinados, se les asigna un poder decisorio que los habilita para resolver por medio de actos de contenido particular y concreto determinados asuntos dentro de la esfera de su competencia; en esta hipótesis la ley las instituye como una primera instancia administrativa, sin perjuicio de la segunda instancia ante la Dirección General; pero cuando esa facultad decisoria de simple ejecución no ha sido atribuida expresamente a una División ha de entenderse que le corresponde a la Dirección.

En la demanda se intentó establecer una distinción entre las funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria y su Director General, que se hace derivar de los términos como están concebidos los encabezamientos de los artículos 3º y 4º del Decreto-ley 2349 de 1971, pues en el primero se dice señalar las funciones y atribuciones de la Dirección General y en el 4º las del Director General. Pero si se examina detenidamente la cuestión es fácil advertir que esa pretendida dualidad no existe pues el Director es el jefe administrativo de mayor categoría y como tal, el órgano en quien la ley deposita fundamentalmente el poder decisorio del complejo orgánico y funcional que se denomina la Dirección General, ya sea como instancia administrativa única o como instancia superior de las distintas divisiones; este último caso ocurre cuando la ley de manera expresa le atribuye a éstas un poder decisorio en asuntos muy específicos; pero en ausencia de disposición expresa, es preciso entender que la decisión le compete únicamente al Director General.

La cuestión aparece perfectamente clara si se repara, primero, en que el artículo 3º contiene la enumeración de las materias sobre las cuales recae la actividad de la Dirección General, al paso que el artículo 4º precisa las funciones del Director en su calidad de jefe del servicio, y segundo en que estas últimas necesariamente están circunscritas dentro de la órbita de competencia señalada en el artículo 3º.

Para la Sala resulta perfectamente claro que en el artículo 4º se señalan todos los atributos que hacen del Director General el jefe administrativo y el artículo 3º precisa la materia que determina la competencia del servicio sometido a su dirección. Por consiguiente debe entenderse que las funciones asignadas en el artículo 4º han de ejercerse dentro del marco general del artículo 3º.

En casi todos los decretos leyes de la reforma administrativa de 1968 suele hacerse, en primer lugar, una enumeración general de las materias adscritas a cada ministerio o dependencia administrativa para delimitar su competencia general y, en segundo lugar, suelen indicarse las funciones propias del órgano en quien se radica la jefatura del servicio; pero como es obvio, estas últimas están referidas siempre a la competencia general antes mencionada.

Así las cosas, es preciso entender que cuando quiera que en los artículos 3º y 4º del Decreto 2349 de 1971 se le asignan a la Dirección las funciones de regular o de reglamentar, éstas se ejercerán por conducto del Director General en la forma prevenida en el numeral 9º del artículo 4º o sea mediante la presentación de los respectivos proyectos de regulación o de reglamentación.

En estas condiciones no es aceptable suponer que en los artículos 3º y 4º del Decreto 2349 de 1971 se determinen dos esferas administrativas diferentes; se trata de dos preceptos confluyentes, en cuanto el segundo contiene las facultades inherentes a la jefatura del servicio y el primero señala el ámbito de este último. De esa función inseparable surge imperiosamente la obligación de interpretarlos conjuntamente. Por consiguiente si en el artículo 3º se consignan como funciones de la Dirección las de regular o reglamentar los asuntos de su competencia debe entenderse que esa función ha de ejercerse por conducto del Director General; y, como quiera que entre las funciones de éste se señala la de presentar a la aprobación del Gobierno los proyectos de reglamentos relacionados con las funciones de la Dirección General, se concluye que, ni ésta, ni aquél disponen de poderes reglamentarios propiamente dichos sino de un poder de iniciativa para la reglamentación, mediante la presentación al Gobierno de los proyectos de decretos, de decretos reglamentarios de la ley o al ministro del ramo de los proyectos de resoluciones reglamentarias de aquéllos: lo primero porque esa función es privativa del Gobierno, al tenor del artículo 120-3 de la Constitución Nacional y lo segundo, en virtud de la delegación prevista en la Ley 202 de 1936 y en el Decreto 2730 de 1942.

Lo dicho en este acápite puede sintetizarse así:

En el Decreto 2349 de 1971, orgánico de la Dirección General Marítima y Portuaria se le atribuyen a ésta dos clases de funciones administrativas;

1ª De simple ejecución de la ley y de los reglamentos, que debe expedir el Director General, a menos que el propio decreto determine en casos especiales y de manera expresa que esa atribución la ejerza un órgano inferior de la misma Dirección, en cuyo caso de todas maneras, la última instancia administrativa debe ser el Director General. 2ª Una competencia en materia reglamentaria, circunscrita exclusivamente a la facultad de presentar proyectos de actos de contenido general atinentes al ramo o servicio público que la ley le tiene adscrito, tales proyectos pueden ser reglamentarios de la ley orgánica del servicio en cuyo caso la decisión corresponde al Gobierno por medio de un decreto, o reglamentaciones de menor jerarquía jurídica y ordinariamente de naturaleza técnica que en la terminología constitucional y legal se catalogan como órdenes generales para la ejecución de la ley y de los decretos reglamentarios y que se expiden bajo la forma de resoluciones. Estas últimas competen al ministerio del ramo, en virtud de la delegación prevista en la Ley 202 de 1936 y en el Decreto 2730 de 1972 y, por lo mismo, los respectivos proyectos que elabore la Dirección deben presentársele al ministro para que él expida el acto correspondiente. A la iniciativa reglamentaria así entendida se refiere el Estatuto Orgánico de la Dirección Marítima y Portuaria cuando quiera que emplea expresiones, como regular y reglamentar.

### Tercera

En este acápite de la sentencia se examinará el contenido de las resoluciones acusadas, en función de los principios generales ya expuestos.

**A. Por medio de la Resolución 165 de 1974** el Director Marítimo y Portuario señala la información que debe suministrarse en la solicitud de matrículas de naves y las certificaciones que deben acompañarse para acreditar lo relativo a la seguridad que ofrezcan las embarcaciones y la calidad y naturaleza de los equipos de que se disponga, esto último de conformidad con las exigencias del convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar.

La referida resolución dice reglamentar la adquisición y venta de naves y artefactos navales y en ese orden se plantea una de estas dos hipótesis: 1ª Si se trata de una reglamentación directa de la ley o de un convenio internacional que, para el efecto es lo mismo, es evidente que el Director General carece de competencia para dictarlo pues ello le corresponde al Gobierno por medio de un decreto, al tenor de lo previsto en el artículo 120-3 de la Constitución Nacional. 2ª Si se trata de una reglamentación a escala inferior y de un orden más técnico o específico, porque lo que se pretende es procurar la ejecución de un decreto reglamentario preexistente, entonces la competencia es del ministro del ramo respectivo, por medio de una resolución, al tenor de lo preceptuado en la Ley 202 de 1936 y en el Decreto 2730 de 1942. Las disposiciones del Decreto-ley número 2349 de 1971 (artículo 3º, numeral 10 y artículo 4º, numeral 5º, literal e) no entrañan modificación ninguna al régimen legal que se ha descrito por cuanto según se expuso anteriormente, la función de reglamentar que allí se atribuye a la Dirección General, sólo consiste en una facultad de iniciativa, que habilita apenas para presentar a la aprobación del Gobierno o del ministro, según el caso, los proyectos de decreto o de resolución reglamentarios.

De otra parte, la simple mención que contiene el artículo 1440 del Código de Comercio en cuanto dice que "la matrícula se sujetará a los requisitos técnicos exigidos por los reglamentos de la autoridad marítima" no entraña atribución de competencia reglamentaria en cabeza de la Dirección Marítima y Portuaria, sino una referencia a los reglamentos que expida la **autoridad competente** según las normas sobre la materia; por lo demás ya quedó establecido que para efectos reglamentarios esa autoridad se radica en cabeza del Gobierno o del ministro correspondiente, según sea la índole del reglamento.

**B. Por medio de la Resolución 375 de 1974** se dictan normas reglamentarias del transporte marítimo de cabotaje. Se define allí, qué se entiende por esa actividad, se exige una licencia para prestar el servicio, se determinan los requisitos para obtenerla, etc. La simple lectura del contenido de esta resolución permite advertir que sus disposiciones entrañan una reglamentación de las normas legales sobre la materia, y como ya se dijo no le compete dictarlas a la Dirección General sino al Gobierno Nacional mediante un decreto.

**C. Por medio de la Resolución 045 de 1975**, el Director Marítimo y Portuario señala algunos requisitos además de los ya establecidos en la ley y en el Decreto reglamentario 1551 de 1974. Aun estimando que las exigencias contenidas en la resolución acusada sean un desarrollo de las normas superiores que se mencionan, es incuestionable que una resolución de este tipo no puede dictarla sino el Ministro de Defensa y que al Director apenas le incumbe como Jefe de la Dirección General Marítima y Portuaria, presentarle los proyectos respectivos para su aprobación.

De lo expuesto se concluye que las resoluciones objeto de la pretensión de nulidad formulada en este proceso son violatorias de los artículos 120-3 de la Constitución Nacional, de los artículos 1º y 3º de la Ley 202 de 1936, del artículo 1º del Decreto 2730 de 1942 y del numeral 9º del artículo 4º del Decreto-ley 2349 de 1971.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, 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 7º del Decreto reglamentario 1551 de 1974 (julio 31) dictado por el Gobierno Nacional y de las Resoluciones 165 de 1974 (mayo 29), 375 de 1974 (octubre 14) y 045 de 1975 (febrero 3) expedidas por el Director General Marítimo y Portuario.

Previa ejecutoria archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— Ejercicio impositivo. Contribuyentes. Sociedad anónima de familia. Renta en transformación de sociedades. Deducciones admisibles por la prestación de servicios personales independientes. Se declara la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario 187 de 1975: literal b), numeral 3º del artículo 1º en la parte que dice: “b) personas jurídicas, en la del registro de las respectivas actas de liquidación” y los artículos 57 y 58 y se levanta la suspensión provisional del artículo 6º y del inciso primero del artículo 51 del mismo decreto.**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintitrés de abril de mil novecientos setenta y seis.**

(Consejero proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Ref.: Radicación número 3136. Nulidad del literal b) del ordinal 3º del artículo 1º, del artículo 6º, del inciso 1º del artículo 51 y de los artículos 56, 57 y 58 del Decreto reglamentario 187 de 1975. Demandante: Armando Parra Escobar.

Los conceptos de violación de preceptos superiores los explica así el demandante:

### “1.1. Normas impugnadas

“Parte b) del ordinal tercero del artículo primero del Decreto 187 de 1975.

### “1.2. Normas violadas

“Con este artículo considero que se han violado las siguientes disposiciones:

“Artículo 5º del Decreto extraordinario 1651 de 1961:

“ “Las declaraciones de rentas y patrimonio correspondientes a las personas jurídicas, sociedades de hecho y comunidades organizadas, que se liquiden durante el año, deberán presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha del último asiento del cierre de los correspondientes libros de contabilidad, o de la

terminación de los negocios si no se lleva contabilidad. A la declaración de renta y patrimonio para liquidación de la sociedad deberá acompañarse una copia de la minuta o acta de liquidación en que conste la distribución de los activos. Los notarios no podrán autorizar la escritura de liquidación de sociedades que no concuerden con las minutas selladas por la respectiva Administración de Impuestos Nacionales”.

“Artículo 114 del Decreto extraordinario 1651 de 1961:

“Para el otorgamiento de escrituras o protocolización de actas o expedientes de liquidación de personas jurídicas, sociedades de hecho y comunidades organizadas, el notario debe exigir un paz y salvo correspondiente a la entidad que se liquida, con la leyenda “válido para liquidación”. Este certificado no será expedido sin que previamente se presenten las declaraciones de renta y patrimonio hasta la fecha del cierre de libros o hasta la fecha de terminación de los negocios si no se lleva contabilidad y se paguen las sumas a cargo, inclusive las de plazo no vencido, o que correspondan a liquidaciones recurridas, pero los recursos pendientes deben fallarse de preferencia con el fin de que se paguen los impuestos respectivos y pueda ser expedido el certificado de paz y salvo válido para la liquidación”.

“Constitución Nacional. Artículo 120 ordinal 3º.

“Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

### “1.3. Concepto de la violación

“El artículo 5º del Decreto extraordinario 1651 de 1961 está vigente por cuanto no fue derogado expresamente ni tampoco en forma tácita, pues no es contrario a las normas dictadas dentro de la emergencia económica ni en el Decreto extraordinario 2821 de 1974; estatuye el artículo 5º que las personas jurídicas que se liquiden durante el año deben presentar declaración de renta dentro de tres meses a partir de la fecha del último asiento del cierre de los correspondientes libros de contabilidad o de la terminación de los negocios si no se lleva contabilidad.

“El literal b) del ordinal tercero del artículo primero del Decreto 187 de 1975 es totalmente contrario a dicha norma porque extiende la obligación de presentar la declaración de renta y patrimonio de las personas jurídicas hasta el registro de las respectivas actas de liquidación.

“Es imposible darle cumplimiento al Decreto 187 de 1975 en la parte que se impugna por cuanto el artículo 114 del Decreto extraordinario 1651 de 1961 que está vigente exige que para el otorgamiento de las escrituras o protocolización de actas o expedientes de liquidación se acompañe un paz y salvo especial con la leyenda “válido para liquidación”, el cual no puede expedirse sino hasta que se presenten las declaraciones de renta y patrimonio hasta la fecha del cierre del mismo y se paguen todos los impuestos.

En la forma como está previsto en la norma impugnada es imposible liquidar a una persona jurídica puesto que las actas no pueden protocolizarse y registrarse mientras no se presente la última declaración de renta y patrimonio. En esas condiciones considero que el literal b) del ordinal tercero del artículo primero del Decreto reglamentario 187 de 1975 debe ser declarado nulo por ser totalmente contrario a normas superiores que son los artículos 5º y 114 del Decreto extraordinario 1651 de 1961 y porque como consecuencia se viola el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

### **Punto 2º**

#### **“2.1. Norma impugnada**

“Artículo 6º del Decreto reglamentario 187 de 1975.

#### **“2.2. Normas violadas**

“Este artículo lo considero violatorio de las siguientes disposiciones constitucionales y legales.

“Constitución Nacional. Artículo 12.

““La capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana”.

“Decreto 2053 de 1974, artículo 92.

““Las sociedades anónimas de familia a que se refiere el artículo 435 del Código de Comercio y las asimiladas a éstas, tienen derecho a descontar del monto del impuesto sobre la renta, el treinta y seis por ciento (36%) del monto de los dividendos o utilidades que les sean abonadas en cuenta en calidad de exigibles, solamente cuando se encuentren simultáneamente dentro de las condiciones señaladas en los dos artículos anteriores”.

#### **“2.3. Concepto de la violación**

“Con el artículo sexto del Decreto reglamentario 187 de 1975 el Gobierno Nacional se toma la atribución de determinar lo que es una sociedad de familia, para lo cual no tiene ninguna facultad legal toda vez que la atribución de determinar las personas jurídicas corresponde a la ley.

“Lo anterior se corrobora cuando el artículo 92 del Decreto 2053 de 1974 para calificar las sociedades anónimas de familia remite de modo expreso y categórico al artículo 435 del Código de Comercio y no a un reglamento.

“Según lo anterior el artículo sexto del Decreto 187 de 1975 debe ser declarado nulo, por cuanto fue dictado con extralimitación de las facultades que tiene el Gobierno Nacional al hacer o dictar un reglamento (ordinal 3º del artículo 120 de la Carta).

**“Punto 3º****“3.1. Norma impugnada**

“Inciso primero del artículo 51 del Decreto reglamentario 187 de 1975.

**“3.2. Normas violadas**

“Con la expedición de la norma citada considero violadas las siguientes disposiciones:

“Artículo 16 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

“Artículos 40, 42 y 43 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

“El numeral tercero del artículo 102 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

“A continuación transcribo las normas.

“ “Artículo 16, Decreto 2053 de 1974.

“ “Se entienden realizados:

“1. Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago como en el caso de las compensaciones o confusiones. Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas sólo se gravan en el año o período gravable en que se causen.

“Se exceptúan de la norma anterior:

“a) Los ingresos obtenidos por los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación. Estos contribuyentes deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable, salvo lo que se establece en el presente decreto para el caso de negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos;

“b) Los ingresos por concepto de dividendos o de utilidades provenientes de fondos de inversión y fondos mutuos de inversión, se entienden realizados por los respectivos accionistas, socios o suscriptores cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles;

“c) Los ingresos por concepto de participaciones de utilidades en sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas, se entienden realizados por los respectivos socios, comuneros o asociados en el mismo año o período gravable en que las utilidades son realizadas por parte de dichas entidades”.

“Artículo 40, Decreto 2053 de 1974.

“ “La renta bruta de los respectivos accionistas, socios o suscriptores de sociedades anónimas y asimiladas, está constituida por



los dividendos o utilidades que se les abonen en cuenta en calidad de exigibles.

“Constituye dividendo o utilidad para los efectos del presente decreto:

“1. La distribución ordinaria o extraordinaria, que durante la existencia de la sociedad y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o asimilada, en dinero o en especie, a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores, de la utilidad neta realizada durante el año o período gravable o de la acumulada en años o períodos anteriores, sea que figure contabilizada como utilidad o como reserva.

“2. La distribución extraordinaria que, al momento de su transformación en otro tipo de sociedad y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o asimilada, en dinero o en especie, a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores de la utilidad neta acumulada en años o períodos anteriores.

“3. La distribución extraordinaria que, al momento de su liquidación y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o asimilada, en dinero o en especie, a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores, que no sean personas naturales o sucesiones ilíquidas, en exceso del capital aportado o invertido en acciones.

“**Parágrafo.** Siempre que la distribución de dividendos o utilidades se haga en acciones u otros títulos, el valor de los dividendos o utilidades realizados se establece de acuerdo con el artículo 118 del presente decreto”.

“Artículo 42, Decreto 2053 de 1974.

““La renta bruta de los respectivos socios, comuneros o asociados de las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, está constituida por la proporción que en el respectivo año o período gravable les corresponde en la renta líquida gravable de la entidad, descontados el impuesto sobre la renta liquidado a la entidad por el mismo año o período gravable y la reserva mínima legal cuando su constitución sea obligatoria”.

“Artículo 43, Decreto 2053 de 1974.

““Cuando una sociedad de responsabilidad limitada o asimilada haga distribución en dinero o en especie a sus respectivos socios, comuneros o asociados, con motivo de su liquidación:

“1. No constituye renta la distribución hasta por el monto del capital aportado o invertido por el socio, comunero o asociado, más la parte alícuota que a éste corresponde en las utilidades no distribuidas en años o períodos gravables anteriores al de su liquidación, diferentes de la reserva legal.

“2. Constituye renta bruta, sujeta a las normas del artículo anterior la distribución hasta por el monto de las utilidades del

año o período gravable en que se liquida la sociedad, más el de la reserva legal acumulada.

“3. También constituye renta bruta toda distribución que exceda de la suma de las cantidades resultantes de las operaciones contempladas en los numerales anteriores. Cuando dicha distribución corresponda a una persona natural o sucesión ilíquida, se grava como ganancia ocasional sometida al régimen impositivo del título IV del presente decreto”.

“Numeral tercero del artículo 102 Decreto 2053 de 1974.

“Las originadas en la liquidación de una sociedad de cualquier naturaleza, en exceso del capital aportado o invertido, cuando la ganancia realizada no corresponda a renta líquida repartible como dividendo o participación. Su cuantía se determina al momento de la liquidación social”.

### “3.3. Concepto de la violación

“El artículo 51 del Decreto 187 de 1975 inciso primero, dispone que cuando una sociedad anónima se transforme en sociedad de responsabilidad limitada o asimilada, todas las utilidades acumuladas de años o períodos anteriores se gravan en el año de la transformación, al socio como renta. Esta disposición viola las normas legales citadas por cuanto el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 prevé que solamente se gravan los ingresos efectivamente recibidos en el año y por excepción dice que los dividendos, pero cuando se abonen en cuenta; de tal manera, que si no hay abono en cuenta porque no se ordena distribuir utilidades por la asamblea no hay gravamen de acuerdo con el artículo citado. En cambio, con lo dispuesto por el artículo 51 del Decreto 187 de 1975 se grava sin tener en cuenta el que se le distribuya o no la utilidad, lo cual excede el mencionado artículo 16.

“Cabe observar que tampoco el artículo 51 del Decreto 187 de 1975 tiene respaldo en el literal c) del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 por cuanto éste se refiere a utilidades del mismo año y en cambio el artículo 51 del Decreto 187 de 1975 se refiere a utilidades de años anteriores.

“Se viola el artículo 40 del Decreto 2053 de 1974 por cuanto éste dice que solamente hay distribución de modo que muy claramente se aprecia que si no hay distribución, requisito esencial, lógicamente no podrá haber dividendo. Ahora bien, si se considera como utilidad gravable lógicamente se viola la disposición citada y en especial el ordinal segundo.

“Se viola el artículo 42 del Decreto 2053 de 1974 porque con la norma del artículo 51 del Decreto 187 de 1975 se está incluyendo como participación la correspondiente a rentas anteriores, siendo que el artículo 42 únicamente se refiere a la renta percibida en el respectivo año o período gravable. También cabe observar que con el procedimiento citado en el artículo 51 del Decreto 187 de 1975 inciso primero, se está tratando de dar aplicación al ordinal tercero del artículo 102 del Decreto 2053 de 1974 que dice que hay

ganancia ocasional en los ingresos originados en la liquidación de una sociedad en exceso del capital aportado o invertido; realmente lo que quiere gravar el inciso primero del artículo 57 del Decreto reglamentario 187 de 1975 es ese mayor valor sin que medie una liquidación o sin que medie una distribución. El artículo 102 del Decreto 2053 de 1974 dice que esta diferencia se gravará al final mientras que el artículo 51 del Decreto 187 de 1975 dice que se gravará en el momento de la transformación por lo cual es abiertamente ilegal.

“Por las consideraciones anteriormente citadas estimo que debe ser declarada la nulidad del artículo 51 del Decreto 187 de 1975 que excede las facultades del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional”.

Se omite lo relativo al artículo 56 del Decreto 187 de 1975 porque el Consejo ya decretó su nulidad por sentencia de 1º de octubre de 1975 en el asunto radicado con el número 3140. En cuanto a los artículos 57 y 58 del mismo decreto expone en cinco renglones como motivo de nulidad el extensamente expuesto en relación con el artículo 56, razones similares a las contenidas en la sentencia mencionada.

Por auto de 3 de abril de 1975 se decretó la suspensión provisional de los preceptos demandados, que fue confirmada por el auto de Sala del 19 de junio del mismo año.

La representante del Ministerio de Hacienda se opone a la declaración de nulidad por las razones jurídicas que implícita o explícitamente se analizarán adelante. Todos los interesados, en sus alegaciones finales, reafirman espléndidamente sus iniciales puntos de vista.

El señor Agente del Ministerio Público doctor Jorge Dangond Flórez participa de las opiniones originalmente expresadas en el auto de suspensión provisional respecto de algunas de las normas demandadas y en relación con otras considera que no es del caso anularlas.

#### **Para resolver, se considera**

Primero. El artículo 1º del Decreto 187 expresa: “El año, período o ejercicio impositivo, en materia de impuestos sobre la renta y complementarios, es el mismo año calendario que comienza el primero de enero y termina el 31 de diciembre.

“Puede comprender lapsos menores en los siguientes casos:

.....

“En los casos de liquidación durante el ejercicio el año concluye en las siguientes fechas:

“a) ..... ”

“b) **Personas jurídicas, en la de registro de las respectivas actas de liquidación**”.

Respecto de esta norma nada dice la representante del Ministerio de Hacienda. El señor Agente del Ministerio Público expresa su acuerdo

con las consideraciones que indujeron a decretar la suspensión provisional que son del siguiente tenor:

“El demandante considera violados el artículo 5º y el 114 del Decreto-ley 1651 de 1961 porque según tales preceptos las actas de liquidación deben ser protocolizadas para poder llevarlas al registro y el notario no puede aceptar la protocolización si no se presenta el certificado de paz y salvo **válido para liquidación**, de modo que como bien lo anota la demanda, es imposible dar cumplimiento a la norma impugnada. Si la potestad reglamentaria se concibe como instrumento para facilitar la aplicación de la ley, en este caso la consecuencia ha sido la de imposibilitar ese cumplimiento. Esta circunstancia es suficientemente obvia como para inducir la suspensión provisional.

“Para mayor ilustración se transcriben los artículos correspondientes del Decreto 1651 de 1961 que rezan así:

“Artículo 5º Las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a las personas jurídicas, sociedades de hecho y comunidades organizadas, que se liquiden durante el año, deberán presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha del último asiento de cierre de los correspondientes libros de contabilidad, o de la terminación de los negocios si no se lleva contabilidad. A la declaración de renta y patrimonio para liquidación de la sociedad deberá acompañarse una copia de la minuta o acta de liquidación en que conste la distribución de los activos. **Los notarios no podrán autorizar la escritura de liquidación de sociedades que no concuerden con las minutas selladas por la respectiva Administración de Impuestos Nacionales**” (subraya la Sala).

“Artículo 114. Para el otorgamiento de escrituras o protocolización de actas o expedientes de liquidación de personas jurídicas, sociedades de hecho y comunidades organizadas, el notario debe exigir un paz y salvo correspondiente a la entidad que se liquida, con la leyenda “válido para liquidación”. **Este certificado no será expedido sin que previamente se presenten las declaraciones de renta y patrimonio hasta la fecha del cierre de libros o hasta la fecha de terminación de los negocios si no se lleva contabilidad y se paguen las sumas a cargo, inclusive las de plazo no vencido, o que correspondan a liquidaciones recurridas, pero los recursos pendientes deben fallarse de preferencia con el fin de que se paguen los impuestos respectivos y pueda ser expedido el certificado de paz y salvo válido para la liquidación**” (subraya la Sala). Este razonamiento parece suficiente para acceder a la nulidad.

Segundo. El artículo 6º del Decreto 187 reza:

“Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil”.

La representante del Ministerio de Hacienda explica su punto de vista así:

“La reforma tributaria expedida por el Gobierno Nacional, en uso de las facultades que le confiere el artículo 122 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto 1970 de 1974, fue consagrada en los Decretos 1970, 1979, 2053, 2247, 2272, 2310, 2348, 2366 y 2367 de 1974. Decreto extraordinario 2821 de 1974, reglamentarios 2847 y 2848 de 1974, 065, 187 y 400 de 1975.

“El artículo 49 del Decreto 2053 de 1974, en el párrafo 1º literal b) anota: “Párrafo 1º Se considera persona natural y sucesión ilíquida económicamente vinculada a una o más empresas pagadoras las que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: a)... b) Cuando el cincuenta por ciento (50%) o más del patrimonio neto de la empresa pagadora pertenece a personas ligadas por matrimonio o parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o único civil con quien recibe el pago o con alguno de los interesados en la sucesión que lo recibe”.

“El artículo 57 del Decreto 2247 de 1974, que sustituyó el artículo 118 del Decreto 2053 de 1974, es del siguiente tenor literal: “Artículo 57. El artículo 118 del Decreto 2053 de 1974 quedará así:

“Para efectos del impuesto complementario de patrimonio, el valor de las acciones es el que resulte de dividir el patrimonio neto de la sociedad por el número de acciones en circulación o de propiedad de los socios o accionistas.

“Cuando las acciones se coticen en bolsa y no correspondan a sociedades de familia, su valor será el promedio del precio en bolsa en el último mes del respectivo año o período gravable”.

“A su vez, el artículo 92 del Decreto 2053 de 1974 manifestó: “Las sociedades anónimas de familia a que se refiere el artículo 435 del Código de Comercio y las asimiladas a éstas, tienen derecho a descontar del monto del impuesto sobre la renta, el 30% del monto de los dividendos y utilidades que les sean abonados en cuenta en calidad de exigibles solamente cuando se encuentren simultáneamente dentro de las condiciones señaladas en los dos artículos anteriores”.

“De la lectura de estas normas se observa que las disposiciones sustantivas reconocieron la existencia de las sociedades de familia, que para los efectos tributarios recibieron un tratamiento especial, el consagrado en las normas transcritas.

“El artículo 49 citado, al tratar sobre las deducciones de compensaciones por servicios personales pagados a personas naturales o sucesiones ilíquidas que sean personas económicamente vinculadas a la empresa pagadora, estableció una limitación y el aparte citado, definió qué circunstancias hacían que unos de estos contribuyentes se consideraran personas económicamente vinculadas a la entidad pagadora, al anotar que las que estuvieran ligadas entre sí por matrimonio o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o único civil.

“En estos términos se consagró que existía una sociedad de familia en estos casos ya que si personas ligadas por lazos matri-

moniales o de parentesco tienen la posibilidad de poseer más del 50% del patrimonio neto de la empresa, se puede concluir que ésta les pertenece, y por ende que en ese evento se trata de una sociedad de familia.

“Entonces, el artículo 6º del Decreto 187 de 1975, en realidad aunque está definiendo la sociedad de familia, no está creando esta clase de asociación, pues en el artículo 49 se encuentran los elementos constitutivos de la sociedad de familia, que vinieron a ser explicados, ordenados legalmente en el artículo acusado, precisamente para no hacer nugatorios los efectos de las normas transcritas y que hacen referencia a esta clase de asociaciones, lo que equivale a decir a que tengan la cumplida ejecución.

“El artículo 6º acusado según el memorialista, viola el 92 del Decreto 2053 de 1974, pues éste se refirió al Código de Comercio para calificar las sociedades anónimas de familia y según se anota en el auto recurrido, el Código de Comercio en el artículo 435 no define ni describe la sociedad anónima de familia.

“Veamos el artículo: “No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, excepto en las sociedades **reconocidas como de familia**. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección”.

“Aparentemente, la norma transcrita no consagra la definición en forma expresa de sociedad anónima de familia, pero si hacemos un análisis detenido de la disposición encontramos allí todos los elementos esenciales que la constituyen, como son: el hecho del parentesco en determinados grados y el matrimonio.

“Haciendo una interpretación, a contrario sensu, del artículo podemos concluir que las sociedades de familia, son las formadas por personas ligadas entre sí por matrimonio y parentesco dentro de los grados de consanguinidad, afinidad y único civil allí prescritos. Y que si una sociedad con junta directiva formada por personas con los nexos anotados funciona válidamente es porque es sociedad de familia.

“Luego, el texto del artículo, sí da una definición legal de la sociedad anónima de familia.

“Por otra parte, el artículo 102 ídem, al tratar de disposiciones generales sobre el contrato de sociedad, anota: “Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas”.

“Con esta norma, nuestro Código de Comercio, está reconociendo la existencia de la sociedad de familia, y si se interpreta este artículo armónicamente con lo dispuesto por el artículo 435

ibídem que trata de la dirección, administración y juntas directivas de las sociedades anónimas y de las reconocidas como de familia, podemos afirmar que la referencia hecha por el artículo 92 del Decreto 2053 de 1974, con el objeto de precisar el concepto de sociedad anónima de familia no fue irreal, sino antes por el contrario ajustada a los distintos preceptos legales que regulan la materia.

“Del contexto del Código de Comercio se desprende la existencia, entre otras de las sociedades anónimas formadas por personas extrañas entre sí en cuanto al parentesco, sociedades anónimas de familia y simples sociedades de personas. Las sociedades anónimas de familia, siguen el mismo régimen de las sociedades anónimas generales, excepto en cuanto a la formación de sus juntas directivas, pues sería ilógico obligarlas a tener representantes en dichos organismos con personas extrañas a la misma familia, luego no es técnicamente contradictoria la expresión y existencia de las sociedades anónimas de familia dentro de la legislación moderna colombiana.

“A este respecto, la Superintendencia de Sociedades por intermedio (sic) del oficio número 0A/05802 de fecha 2 de mayo de 1972 expresó su criterio con ocasión de responder a una consulta y dice así: “El Código de Comercio, en contra de lo que usted afirma, sí contempla las sociedades de familia. En efecto, el artículo 102 del mencionado estatuto prescribe que “será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados”, y en cuanto a la anónima, el 435 expresa en uno de sus apartes que “no podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada por personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia”.

“Estas disposiciones por otra parte, permiten deducir también la viabilidad de la constitución de sociedades anónimas de familia por personas ligadas entre sí por los parentescos que en ellas se indican aunque no sean los únicos accionistas. Pero es obvio que en tal evento dichas sociedades deben estar constituidas en su mayoría por esas personas, las que a su vez deberán ser poseedores (sic) de la mayor parte de las acciones suscritas, dado que sólo así pueden tener el control de su dirección y administración, a través de las cuales se posibilite el logro del objetivo primordial de las sociedades de familia, como es la preservación del patrimonio familiar”.

El señor Agente del Ministerio Público se expresa así:

“El artículo 6º del Decreto 187 de 1975 dice: “Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil”.

“Considera el autor de la demanda que esa disposición es violatoria del artículo 12 de la Constitución según el cual “la capacidad,

el reconocimiento, y en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana” e infringe, además, el artículo 92 del Decreto 2053 de 1974 que se remite al artículo 435 del Código de Comercio y no a un reglamento, porque “el Gobierno Nacional se toma la atribución de determinar lo que es una sociedad de familia, para lo cual no tiene ninguna facultad legal toda vez que la atribución de determinar las personas jurídicas corresponde a la ley”.

“Al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, el conductor del proceso expresó: “El artículo 435 del Código de Comercio al que hace referencia el 92 del Decreto-ley 2053 ni define ni describe la sociedad anónima de familia ni hay norma de derecho positivo vigente de donde pueda resultar alguna imagen suficientemente clara de lo que es una sociedad anónima de familia” y concluyó: “En todo caso se destaca por encima de toda otra consideración el precepto constitucional según el cual la capacidad, el reconocimiento y en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana. Esta es, pues, materia reservada a la ley y a falta de ésta mejor será dejar a la doctrina y a la jurisprudencia el examen particular de cada caso”.

“La doctora María Cristina Velásquez, como impugnadora de la demanda, suplicó el auto que decretó la suspensión y, con interesantes argumentos, sostuvo que en la legislación vigente, antes de la expedición del reglamento acusado, es clara la existencia de la sociedad de familia y “se puede concluir que el artículo 6º del Decreto reglamentario 187 de 1974, (sic) no violó la Constitución Nacional, ya que únicamente se limitó a reglamentar una disposición o mejor ordenar una definición contenida implícitamente en la ley y por otra parte tampoco violó la ley pues en el caso estudiado, se hacía necesaria la definición expresa y clara de la sociedad anónima de familia precisamente para lograr la cumplida ejecución de la reforma tributaria que sometió en varios de sus decretos a esta clase de sociedades a un régimen especial”.

“El Consejo, al resolver el recurso admitió: “Es indudable que la existencia de la sociedad de familia está reconocida expresamente por la ley y sobre este punto no hay discrepancia alguna...”. Pero confirmó la suspensión provisional porque “la norma constitucional consagrada en el artículo 12, defiere a la ley la determinación del régimen de dichas sociedades y su capacidad, y a su vez, el artículo 92 del Decreto-ley 2053 de 1974, hace referencia a las normas pertinentes del Código de Comercio, aun cuando en las demás disposiciones de dicho decreto-ley y en las complementaria a que se refiere la recurrente, se mencionan las sociedades de familia, sin delimitar el alcance de dicha figura jurídica ni indicar los medios para su identificación, mal puede el ejecutivo, por medio de una disposición reglamentaria entrar a definir qué se entiende por una sociedad de familia, cuando la Constitución le ha dado esa facultad a la ley, y la ley tributaria se ha limitado a hacer referencia a las disposiciones pertinentes del Código de Comercio”.



“Tres puntos de vista, reunidos de manera armónica, llevan a la conclusión de que el artículo 6º del Decreto 187 de 1975 no se opone al mandato constitucional que atribuye al legislador la facultad de determinar la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas:

“1. El punto de vista del Consejo, según el cual es indudable que la existencia de la sociedad de familia está reconocida expresamente por la ley.

“2. El de la parte impugnadora de la demanda que defiende la norma acusada mediante el examen de lo dispuesto en los estatutos básicos de la reforma tributaria —Decretos legislativos 2053 y 2247 de 1974—, que contienen ordenamientos expuestos sobre las sociedades de familia, en concordancia con lo preceptuado en los artículos 102 y 435 del Código de Comercio; y

“3. El de la Fiscalía que se presenta así:

“Es indiscutible que, en desarrollo del mandato constitucional, el legislador extraordinario, por medio del Decreto 410 de 1971, estableció la capacidad de la sociedad de familia al disponer, en el artículo 102, que “será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados” y que los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas, y autorizó la existencia de juntas directivas conformadas con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, en una clarísima alusión a “las sociedades reconocidas como de familia” (artículo 435).

“Del último texto legal citado se desprende que cuando una sociedad elige para la junta directiva una mayoría cualquiera formada por personas ligadas entre sí por los vínculos señalados, ello implica la dirección o control económico, financiero o administrativo de la empresa y por eso establece la prohibición, a no ser que se trate de sociedad reconocida como de familia en la que sí es posible, jurídicamente, la manifestación de ese control a través de la directiva.

“El legislador extraordinario, también en desarrollo de la voluntad expresada en la Constitución y en congruencia con lo consagrado en la ley anteriormente, determinó un régimen especial tributario respecto de las sociedades de familia, con lógica referencia a lo previsto en el Código de Comercio sobre éstas, y para lograr la cumplida ejecución de las disposiciones legales y en ejercicio de la potestad conferida por la Carta, el ejecutivo, en perfecta consonancia con el precepto del artículo 435 del Código de Comercio, reglamentó en materia de impuestos sobre la renta y complementarios: “Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil”.

### El Consejo considera

El artículo 2033 del Código de Comercio preceptúa: "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 reformatorios 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".

Ya se transcribieron los artículos 102 y 435 del Código de Comercio en los que de manera indirecta, casi como una casualidad se hace alusión a la existencia de las sociedades de familia pero en ninguna otra parte del Código aparece definida o descrita esta sociedad, aunque no puede pasarse por alto que en el mismo Código y en la ley tributaria a ella se alude. Los comentaristas han advertido las inmensas dificultades que se presentan al intérprete con la nueva legislación mercantil debido a la precipitud o al desorden o a ambas situaciones como se adoptó en su etapa final el Decreto-ley número 410 del 27 de marzo de 1971. No obstante debe hallarse, porque es necesidad jurídica, alguna solución que razonablemente permita concluir si hay o no hay reconocimiento legal de las sociedades anónimas de familia.

Como las reflexiones de los litigantes en este proceso y las del Ministerio Público siempre dejan algún vacío, quizás no sea exagerado atenerse al texto expreso del transcrito artículo 2033, según el cual fueron derogadas las leyes complementarias de los Códigos de Comercio en cuanto en el nuevo se traten las materias correspondientes y en éste evidentemente no hay nada que verse sobre cómo debe concebirse la composición de la sociedad anónima de familia, de donde resulta que las leyes correspondientes anteriores no fueron derogadas, al contrario de lo que aparece a primera vista a cualquier lector desprevenido. Si ello es así ha de concluirse que se mantiene la vigencia del artículo 30 de la Ley 58 de 1931 que preceptúa: "A las compañías anónimas que se formen en mayoría por miembros de una misma familia, con el fin de explotar y precautelar el patrimonio común y cuyas acciones no estén destinadas a especulaciones de bolsa, sino simplemente a determinar la parte que a cada socio corresponda en la circunscrita explotación objeto de la compañía, no le serán obligatorios los preceptos legales sobre autoelección o elección de parientes, ni las demás restricciones referentes a la adquisición de acciones y al derecho de deliberar en las asambleas generales de accionistas. Estarán asimismo exentas de la supervigilancia de la Superintendencia, a menos que la soliciten uno o más accionistas u otra tercera persona interesada".

Si la norma sustancial no se derogó, tampoco desapareció la vigencia de sus reglamentarios que lo son el artículo 279, numeral 2º, el 283, 284, 285 y 286 del Decreto 2521 de 1950, con las modificaciones que resultan del acusado artículo 6º del Decreto 187 de 1975 en el grado de parentesco hoy reducido al segundo de consanguinidad y único civil.

Se desechará el cargo.

Tercero. El artículo 51 del Decreto 187 de 1975 es del siguiente tenor:

“Cuando se transforme una sociedad anónima o asimilada en sociedad de responsabilidad limitada o asimilada, constituye renta bruta o ganancia ocasional, según el caso, para los socios comuneros o asociados en el ejercicio durante el cual se lleva a cabo la transformación, la parte proporcional que les corresponda en las utilidades acumuladas en años o períodos anteriores”.

Ya se transcribieron las razones del demandante que se dirigen únicamente al fenómeno de la transformación de anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, porque el fenómeno contrario carece de relieve puesto que los socios de las limitadas deben pagar el impuesto que corresponda a las utilidades, se repartan o no se repartan en tanto que en el caso de la anónima sólo son gravables los dividendos repartidos o repartibles por disposición de la asamblea general, pero la suma de tales dividendos puede no equivaler a la totalidad de la ganancia porque además de la reserva legal la asamblea puede acordar la constitución de otras reservas, caso en el cual las cantidades así destinadas no se gravan en cabeza del accionista. Para transformar la anónima en limitada aunque de acuerdo con disposiciones del Código de Comercio se suponga que no hay solución de continuidad, la primera debe ser liquidada para determinar el valor de sus activos y pasivos y por tanto determinar la cantidad que a cada accionista corresponda como participación en las reservas que en su hora fueron utilidades aunque no repartidas. En ese momento es cuando el artículo 51 demandado decide que estas utilidades acumuladas sean gravadas. En esto la Sala coincide con la representante del Ministerio de Hacienda y con el señor Fiscal. Este último, después de citar y transcribir el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, el 16, el 17, el 40, el 42, y el 43 en su párrafo segundo, concluye: “La forma distinta que puede adoptar una sociedad constituida, antes de su disolución y de conformidad con las disposiciones vigentes del Código de Comercio, no se lleva a cabo mediante un hecho simple sino por medio de un proceso complejo: asamblea general, balance, distribución de utilidades, acuerdo sobre reforma del contrato social, escritura pública y registro en la Cámara de Comercio correspondiente, etc.

“El estatuto reorgánico del impuesto sobre la renta y complementarios, al establecer las disposiciones pertinentes en relación con accionistas, socios, comuneros o asociados y al precisar lo que constituye dividendo o utilidad para efectos tributarios, tuvo en cuenta las normas correspondientes del Código de Comercio contenidas en el libro segundo sobre sociedades comerciales, su constitución, aportes de los asociados, utilidades, reformas del contrato social, transformación y fusión, etc. Y por eso, cualquier examen de sus normas hay que hacerlo considerando también los preceptos generales y especiales recogidos en el Decreto 410 de 1971.

“El Código de Comercio autoriza la transformación de una sociedad mediante reforma del contrato social y dispone que tal circunstancia no produce solución de continuidad en la existencia de la misma como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio (Art. 167).

“Toda reforma del contrato de sociedad comercial por escritura pública se debe registrar en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma y en el documento debe insertarse un balance general, que servirá de base para determinar el capital de la sociedad transformada, aprobado por la asamblea o por la junta de socios y autorizado por un contador público, y para la validez de la transformación es necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos por el Código para la nueva forma de sociedad (Arts. 158, 170, 171).

“En las compañías de responsabilidad limitada, los socios responden hasta el monto de sus aportes; el capital social —dividido en cuotas de igual valor— se debe pagar íntegramente al constituirse la sociedad y los socios no pueden exceder de veinticinco (Arts. 353, 354, 356).

“De lo anterior se desprende que cuando se transforma una sociedad anónima en limitada se debe determinar el capital y, en consecuencia, el aporte de cada uno de los socios, previa distribución de las utilidades obtenidas en la anterior forma social. Y si ello es así, resulta lógico que la parte proporcional correspondiente a los socios se grave, pues constituye dividendo o utilidad”.

Cuarto. Respecto del artículo 56 del Decreto 187 de 1975 nada hay que decir porque ya fue anulado como se mencionó atrás y las razones expuestas en el fallo de 9 de octubre de 1975 son válidas para los artículos 57 y 58. Estas normas rezan así:

“57. Para la aceptación de las deducciones en los porcentajes señalados en el artículo anterior, el contribuyente deberá cumplir, además de los requisitos especiales a que se refiere el parágrafo del mismo, los relativos a pagos a terceros”.

“58. Para los efectos del artículo 56, se entiende por servicios personales independientes los que se prestan sin subordinación, en desarrollo de cualquier actividad remunerada”.

Se transcribe lo pertinente de esa sentencia:

“Es indudable que el Decreto 2053 de 1974 derogó expresamente las disposiciones contenidas en la Ley 63 de 1967 y en el Decreto-ley 1366 del mismo año, la primera de las cuales en el artículo 7º estableció la proporcionalidad de las deducciones permitidas como expensas en las actividades generadoras de renta provenientes de la prestación de servicios.

“Igualmente es indudable que el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 fijó como criterio para determinar el monto de dichas expensas, el criterio comercial “teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes”. Cabe observar que el inciso 3º de ese artículo que le daba facultad al Director General de Impuestos para señalar las normas que orientan ese criterio, fue declarado inexecutable por la honorable Corte Suprema de Justicia en atención a que desplazaba la facultad reglamentaria y la autoridad impositiva de la ley en un funcionario de inferior categoría.

“Pero además las limitaciones a que se refiere el segundo inciso del artículo 45 están determinadas en los artículos 46 a 66 siguientes, sin que en ninguno de ellos se determine límites al monto de dichas expensas, distintas del sano criterio comercial y su necesidad a que se refiere el mencionado inciso.

“No habiendo pues, establecido la ley limitaciones en la proporcionalidad de los gastos, mal puede establecer rígidamente esa proporcionalidad a través del reglamento, pues ello implica una determinación por encima de las prescripciones de orden legal ya establecidas.

“Si a esto se agrega que esas limitaciones rígidas establecidas por la Ley 63 de 1967 fueron expresamente derogadas por el mismo Decreto 2053 de 1974, no es posible jurídicamente tratar de revivir el sistema por medio del reglamento, pues además de contrariar el criterio general de la ley ella no autoriza al ejecutivo para hacerlo.

“En el auto de 7 de mayo de 1975 por medio del cual la Sección Cuarta confirmó, con ponencia del doctor Gustavo Salazar Tapiero la suspensión provisional de la norma decretada por el sustanciador, se dijo:

“En forma constante y desde hace muchos años el Consejo de Estado viene sosteniendo que la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios “para la cumplida ejecución de las leyes” y no puede, por lo tanto, el Jefe de Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni aplicar ni restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas de las establecidas en la ley, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere.

“Confrontada la norma del artículo 45 del Decreto legislativo 2053 de 1974 con la 56 del reglamento, resulta a primera vista que en aquella no se establece ninguna excepción al principio general de que son deducibles de la renta las expensas realizadas durante el año gravable “siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad”, y como en el reglamento se establecen unos porcentajes fijos de deducciones respecto de las rentas provenientes de la prestación de servicios personales independientes, resulta que el Gobierno sí excedió la potestad reglamentaria, ya que restringió el alcance de la norma respecto de determinados contribuyentes”.

“Y días antes por demanda casi simultánea formulada por otro ciudadano contra la misma norma acusada, el Consejero Miguel Lleras Pizarro en auto del 3 de abril de 1975 dijo:

“El artículo 56 del Decreto 187, cuya nulidad se pide es reproducción del artículo 7º de la Ley 63 de 1967 y del artículo 28 del Decreto 154 de 1968. El artículo 143 del Decreto-ley 2053 de 1974 en el que se señalan las normas anteriores expresamente dero-

gadas, incluye la Ley 63 de 1967. Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia pero sólo en cuanto por ella se derogaban los artículos 11 y 12 de la Ley 6ª de 1973 y las disposiciones que habían sido sustituidas por las normas que ese fallo declara inexecutable. Los artículos mencionados de la ley de 1973 concedían ciertas ventajas tributarias a los pilotos de naves aéreas. La norma legal vigente es la del artículo 45 del Decreto-ley 2063 de 1974 que señala el principio general que sistemas legales anteriores consignaban en términos idénticos, según el cual son deducibles las expensas necesarias para la producción de la renta en cuanto sean proporcionadas de acuerdo con cada actividad y según el criterio comercial que resulte de la costumbre. Se agrega que hay limitaciones expresas que son las de los artículos 46, 47 y siguientes, ninguna de las cuales hace catálogo especial sobre las deducciones aceptables por prestación de servicios personales independientes, como lo hacía el ya citado artículo 7º de la derogada Ley 63 de 1967 y del 28 del Decreto reglamentario 154 de 1968 en todo tiempo considerado con exclusiva referencia a la misma ley y a su decreto-ley antecedente número 1366 del mismo año de 1967.

“Según piensa el Consejero conductor de este proceso es violatorio de los límites naturales de la potestad reglamentaria reproducir por esta vía, la reglamentaria, normas legales expresamente derogadas por estatuto de jerarquía legal”.

En consecuencia el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### Falla:

1º Declárase nulo el literal b) del numeral tercero (3º) del artículo primero (1º) del Decreto número ciento ochenta y siete (187) de mil novecientos setenta y cinco (1975) en la parte que dice: 3. En los casos de liquidación durante el ejercicio el año concluye en las siguientes fechas:

**b) Personas jurídicas, en la del registro de las respectivas actas de liquidación.** (La nulidad comprende únicamente la parte subrayada).

2º Decláranse nulos los artículos cincuenta y siete (57) y cincuenta y ocho (58) del mismo Decreto ciento ochenta y siete (187) de mil novecientos setenta y cinco (1975).

3º No se accede a las demás súplicas de la demanda respecto de las cuales se extingue la suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

Revalídese el papel común.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha veintitrés (23) de abril de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández*, con salvamento parcial de voto; *Bernardo Ortiz Amaya*, *Gustavo Salazar Tapiero*, *Miguel Lleras Pizarro*.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández.

Respetando la decisión de la mayoría, me permito disentir del fallo anterior en cuanto decreta la nulidad de los artículos 57 y 58 del Decreto número 187 de 1975. Las razones de mi disentimiento son básicamente las mismas que consigné en mi salvamento respecto del juicio número 3140 (demandante: Francisco Eladio Gómez Mejía), en el cual se declaró la nulidad del artículo 56 del mismo decreto, oportunidad en la cual expresé, en lo pertinente, lo siguiente:

### **“1. Consideraciones previas sobre la potestad reglamentaria.**

“El artículo 120-3 de la Constitución Nacional consagra la potestad reglamentaria en los siguientes términos:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

.....

“3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (se subraya).

“Sobre el alcance de la potestad reglamentaria, el Consejo de Estado en sentencia de 10 de octubre de 1962, reiterada en sentencia de 28 de septiembre de 1963 (Anales, tomo LXV, Pág. 34 y ss. y tomo LXVII, Pág. 28 y ss.), se expresó así:

“La función administrativa es, en esencia, la acción del Estado dirigida a la ejecución del derecho creado en la Constitución y en los ordenamientos inferiores y la actividad reglamentaria es el ejercicio de aquella función, en cuanto desarrolla, da vida práctica y pone en movimiento ese derecho. Entre una y otra existe una estrecha relación de causalidad, como que la segunda es la consecuencia forzosa e ineludible de la primera en todos los casos en que las normas requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación. Es esa la razón para que la doctrina nacional dominante, siguiendo el pensamiento jurídico universal, haya considerado que el órgano administrativo, aún a falta de texto que lo autorice, tiene por derecho propio el poder reglamentario.

“Estos principios básicos orientaron la Carta política de 1886, y cobraron mayor relieve en las enmiendas constitucionales de

1936 y 1945. Se acentuó de esa manera la potestad reglamentaria del Gobierno, y tomó expansión en la medida en que el trabajo legislativo se iba tornando más complicado y en que los problemas iban adquiriendo mayor entidad. El desarrollo económico y social del país en los últimos tiempos; la magnitud y complejidad de los asuntos que ha de resolver el Estado para efectos del cumplimiento de sus fines; la circunstancia de que el Congreso, en razón de la índole de su funcionamiento, no disponga de los organismos técnicos indispensables para el adecuado estudio de ciertos asuntos, ni para atender con prontitud y eficacia determinadas urgencias nacionales; y el hecho de que la rama administrativa disponga de una información más completa de los problemas, del personal especializado en cada actividad, y de las posibilidades de actuar con mayor eficiencia y rapidez, son factores que han determinado la vigorización y robustecimiento de la función reglamentaria.

“Esa transformación se ha operado en la Constitución Nacional y en las leyes. No obstante que los propios textos del 86 abren un ancho campo a la actividad reglamentaria, como que en ellos se consagra la moderna concepción del reglamento autónomo, y a pesar de que en las enmiendas constitucionales del 36 y del 45 se amplió y vigorizó notablemente esa función administrativa, la doctrina y la jurisprudencia nacionales no han desenvuelto en su plenitud las ideas básicas del antiguo estatuto, ni han valorado la transformación jurídica operada en esas reformas. De allí que haya cierto paralelismo entre el derecho positivo y la jurisprudencia, a pesar de que entre el primero y la segunda debe existir absoluta identidad.

“En relación con la necesidad de la reglamentación agrega la sentencia en cita:

“b) La necesidad de la reglamentación.

“Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado. Si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles. Es esta la interpretación del artículo 120, numeral 3º, de la Carta que dice:

“Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”.

“La Sala, al estudiar la norma transcrita (auto de 17 de febrero de 1962, dictado en la demanda de Jorge Enrique Sánchez y con la ponencia del mismo Consejero que redacta la presente), dijo que en ella se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la administración en estas materias:



“Si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de la materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales”.

.....

“Si de acuerdo con el artículo 120, numeral 3º, de la Carta, corresponde al Presidente de la República dictar los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; si por razón de las modalidades singulares que tienen las actividades económicas no puede el legislador estatuir sobre ellas en toda la extensión en que fuera deseable; si las conveniencias generales y el interés público, lo mismo que la Constitución y la ley, imponen al Gobierno la obligación ineludible de aplicar el mandato del Congreso y de realizarlo en su plenitud, el Presidente de la República ha de disponer de los instrumentos jurídicos indispensables para ejecutar el ordenamiento en su totalidad. Y como la única manera de cumplir el mandamiento constitucional y legal es dictando los reglamentos correspondientes, la administración pública podrá expedirlos en ejercicio de sus funciones ordinarias de aplicación de la ley. En estos casos no se trata de una facultad que se le otorgue al ejecutivo, sino de una obligación que se impone, de un deber que se le señala, de un mandato que se le da”.

“Comentando la anterior sentencia, dice el tratadista Jaime Vidal Perdomo en su opúsculo “Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX”, lo siguiente:

“c) Ampliación de la potestad reglamentaria, en razón de la extensión de la ley o de las limitaciones impuestas por el constituyente”.

.....

“En cuanto al primer aspecto de la extensión de la potestad reglamentaria, él puede expresarse en una fórmula matemática: es inversamente proporcional a la extensión de la ley. Este principio, de que a mayor cantidad de densidad legislativa hay menor posibilidad de potestad reglamentaria, es la consecuencia de la existencia o inexistencia de ese elemento de “necesidad”, que el Consejo de Estado ha venido mostrando como requisito para el ejercicio de la facultad del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución”.

.....

“La necesidad del decreto reglamentario dependerá de la cantidad de materia que contenga la ley, y está a juicio del Congreso, en la mayor parte de los casos, ejercer su función legislativa a plenitud o autolimitarse para dar mayor campo de acción a la tarea del ejecutivo que arranca con la reglamentación legal: “Si se estudian detenidamente los ordenamientos constitucionales que señalan las atribuciones del Congreso, se observará que todas las

materias asignadas a su competencia no son susceptibles de igual grado de desarrollo legislativo. Algunas hay —la mayor parte, por cierto— sobre las cuales las facultades de las Cámaras se ejercitan y deben ejercitarse en su plenitud, sin limitación distinta que la propia voluntad de las dos corporaciones o la establecida en los mandatos constitucionales. Cuando el Congreso utiliza esa clase de atribuciones, en la correspondiente ley debe regular íntegramente la materia, con todos los detalles y pormenores que juzgue convenientes y sin dejar margen alguno a la reglamentación. El estatuto expedido en esas condiciones será ejecutable en su totalidad, y, de consiguiente, la necesidad de su ulterior desarrollo desaparece. Pero el cuerpo legislativo puede, al ejercer ese mismo tipo de facultades, abstenerse de regular explícitamente, en mayor o menor grado, ciertos aspectos que a pesar de quedar implícitos en la ley, requieren desenvolvimientos posteriores para efectos de su correcta aplicación. Aparece inmediatamente la necesidad de la reglamentación administrativa. De esta manera, el ejercicio de esa potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanto será la materia reglamentada por el ejecutivo, cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las Cámaras”.

**“2. El concepto general de “deducción”, en la antigua legislación tributaria y en la reforma de 1974. Necesidad del reglamento.**

“El artículo 43 de la Ley 81 de 1960 disponía:

“Las deducciones que puedan restarse de la renta bruta para obtener la renta líquida son las siguientes:

“1. Las expensas necesarias pagadas durante el año o período gravable de que se trate, en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable.

“La **necesidad** de los gastos deberá determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta los normalmente acostumbrados en la clase de actividad de que se trate” (se subraya).

.....

“Por su parte, el artículo 90 del Decreto 437 de 1961 reglamentario de la Ley 81, bajo el epígrafe de “**expensas necesarias**”, establecía:

“Las **expensas necesarias** deducibles de la renta bruta están constituidas por todos los gastos normalmente acostumbrados en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta esté sujeta a impuestos, pagados durante el año o período gravable” (se subraya).

“Como se advierte, la noción intrínseca en orden a que un gasto fuera deducible, era el de su **necesidad** para efectos de producir la renta gravable, según la actividad de que se tratara y de acuerdo con lo normalmente acostumbrado en esa actividad.

“Frente al anterior régimen, el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 prescribe, excluido el inciso 3º declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia que será materia de posterior comentario, lo siguiente:

“Artículo 45. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo **de cualquier actividad productora de renta**, siempre que **sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad**.

“La necesidad y **proporcionalidad** de las expensas **debe determinarse** con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas **en cada actividad** y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes” (se subraya).

“Como es fácil advertirlo, el nuevo estatuto tributario, a más de la “necesidad” del gasto; introdujo un nuevo elemento para efecto de hacerlo deducible, cual es el de su “proporcionalidad” y señaló que una y otra deben determinarse con criterio comercial, aspecto éste, igualmente nuevo dentro de la reforma, en la cual se conservó además, el criterio de que la expensa sea “normalmente acostumbrada” según la actividad de que se trate.

“Ahora bien, el legislador extraordinario confió el desarrollo del precepto al Director General de Impuestos Nacionales, facultándolo para señalar normas generales y precisas que orientaran el criterio de los funcionarios en la determinación de la necesidad y proporcionalidad de ciertos gastos. Este inciso del artículo fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, pero esto no significa, como acertadamente lo anota el señor Agente del Ministerio Público, que el Presidente de la República carezca del poder reglamentario en relación con el resto de la disposición. En nuestro concepto, el precepto en comento requiere, para su “exacto cumplimiento” o “cumplida ejecución” (artículo 120-2 y 3º de la Carta) de una norma reglamentaria que desarrolle el nuevo criterio de “proporcionalidad” introducido por el legislador extraordinario en materia de deducciones, pues, de otra manera la norma resultaría inocua por este aspecto, sin efecto alguno. En tales condiciones, el reglamento acusado es “necesario para que la ley se ejecute debidamente” y por lo mismo resulta ajustado al criterio consagrado por el constituyente en el artículo 120-3, de acuerdo con la jurisprudencia de que se ha hecho mérito.

### “3. La sentencia de inexecutableidad.

“La Corte Suprema de Justicia expresó en el fallo que declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, lo siguiente:

“Las bases de un impuesto **debe fijarlas la ley**, bien sea directamente por el Congreso, o por el Gobierno investido de facultades extraordinarias, o en casos de emergencia económica por el mismo Gobierno en decretos especiales, **o mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria para procurar la cumplida ejecución de un texto legal sobre la materia**. Tales bases deben comprender todos los elementos para la liquidación y fijación del impuesto inclu-

yendo las materias y cantidades objeto de deducciones, para que el contribuyente sepa con certeza cuál es el impuesto que debe pagar. El precepto acusado despiaza esta función al Director General de Impuestos respecto de gastos no especificados, con evidente quebrantamiento de las reglas y oportunidades **autorizadas por la Carta y que se han señalado**, sometiendo de este modo a los contribuyentes a la discrecionalidad y arbitrariedad de la administración" (se subraya).

"De acuerdo con el pasaje transcrito se tiene que la Corte acepta que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria y para procurar la cumplida ejecución de un texto legal el reglamento puede fijar bases para la liquidación y fijación del impuesto, incluidas las materias y cantidades que conforman las deducciones, jurisprudencia que está en armonía con la elaborada por el Consejo de Estado en cuanto a la naturaleza, fines y ámbito de la potestad reglamentaria. Esto no obstante, la sentencia de que me permito disentir considera que al proceder el Gobierno dentro de la órbita señalada por la Corte y el propio Consejo, ha desbordado la potestad reglamentaria.

#### **"4. El contenido de la disposición anulada y la sentencia.**

"El artículo 56 del Decreto 187 de 1975 contiene disposiciones que pueden separarse, claramente, en dos grupos: La primera parte de la norma establece una proporcionalidad límite y decreciente de las deducciones que pueden afectar la renta proveniente de la prestación de servicios personales, con relación al monto de la renta.

"La segunda parte se refiere a unas deducciones específicas como son el 50% del valor de los arrendamientos pagados por el local u oficina, el valor de los materiales utilizados con ocasión de la prestación del servicio, la cuota de depreciación anual de los activos empleados en la profesión que origina la renta y los gastos en que incurra el contribuyente por razón de retribución a otros profesionales por trabajos que ejecuten bajo su responsabilidad. **Estas deducciones no están comprendidas dentro de los límites porcentuales establecidos por la primera parte de la disposición**, como allí expresamente se establece, de suerte que la totalidad de su valor es deducible, siempre que el contribuyente dé cumplimiento a los requisitos establecidos en el párrafo del artículo en relación con la depreciación de activos y pagos a terceros profesionales, lo cual, sin duda alguna, es desarrollo elemental y primario de la potestad reglamentaria.

"Pues bien, la sentencia de que me permito disentir señala que el reglamento no puede establecer "limitaciones en la proporcionalidad de los gastos" y, con tal criterio se anula la totalidad de la disposición, siendo como lo es, que la segunda parte del artículo no establece "proporcionalidad de los gastos" y, con tal criterio se anula la totalidad de la disposición, siendo como lo es, que la segunda parte del artículo no establece proporcionalidad alguna y por lo mismo, mal podía quedar cobijada por el enunciado criterio".

Como las normas que ahora se anulan son simple desarrollo de lo que establecía el artículo 56 del Decreto 187 de 1975 y como considero que esta disposición no ha debido anularse por las razones antes transcritas, estimo que tampoco han debido serlo los artículos 57 y 58 del mismo estatuto, conforme lo solicitó en uno y otro juicio el señor Agente del Ministerio Público cuyo acertado concepto lo comparto, toda vez que las razones en que se funda no aparecen desvirtuadas o contradichas en la sentencia de la cual me permito disentir.

Fecha ut supra.

*Jorge Dávila Hernández.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**JURISDICCION CONSTITUCIONAL.—** De la Corte Suprema de Justicia por vía directa. Modalidades (Arts. 121, 122 y 214 C. N.) y sub-especies del proceso de inexecutable a que dan lugar. La intervención del Procurador General de la Nación en el proceso es obligatoria en los casos del control directo, incluyendo el llamado “control automático”, introducido en la reforma de 1968, mas no en el indirecto, o por vía de excepción. Sentido del vocablo “acción”, en el artículo 214, Constitución Nacional. Se declara la nulidad de la frase “tanto el Procurador General de la Nación, como...”, del artículo 14 del Decreto 432 de 1969.

**Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—** Bogotá, D. E., mayo veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 19 de mayo de 1976).

Ref.: Expediente número 2225. Actor: Héctor R. Rodríguez P.

El ciudadano Héctor Rodríguez, en ejercicio de acción pública, ha pedido al Consejo de Estado que se declare la nulidad del artículo 14 del Decreto 432 de 1969 (mayo 26), cuyo texto es del siguiente tenor:

“Artículo 14. Para efectividad (sic) de la intervención ciudadana, en la revisión de los decretos legislativos, repartido el expediente, el Magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de tres (3) días, durante los cuales tanto el Procurador General de la Nación, como cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito en memorial dirigido a la Sala Constitucional, para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto”.

Sostiene el demandante que la precitada disposición es violatoria de los artículos 121, 122, 214, 215 y 218 de la Constitución Nacional, porque el ejecutivo al hacer uso de las facultades especiales que se le otorgaron por medio del literal c) del artículo 76 del acto legislativo número 1 de 1968, “redujo en forma arbitraria los términos que tienen los ciudadanos como el Procurador para presentar sus escritos. El nuevo término que se les señaló fue de tres (3) días, cuando la lógica matemática ha debido señalar un término de diez (10) días”. Después de

hacer algunas consideraciones sobre la potestad para dictar las normas sobre el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia en relación con el ejercicio de la jurisdicción constitucional, con el estudio y despacho de los asuntos atinentes a ésta, afirma que el Gobierno sobrepasó la autorización y concluye:

“No podemos entonces admitir ni a la luz de los textos constitucionales, ni a la luz de la lógica jurídica elemental que el ejecutivo pueda reducir un término de treinta (30) días, alegando que este último término es el producto de haber reducido los treinta (30) días a su tercera parte. Tal como lo ordenan los párrafos finales de los artículos 121 y 122”.

En su vista de fondo, dice el señor Agente del Ministerio Público:

“No obstante que el artículo 214 de la Constitución Nacional habla de acciones de inexecutableidad en las cuales “deberá intervenir siempre el Procurador”, no debe pensarse que cuando se trate del examen, sin demanda de parte de los decretos legislativos, la intervención del Procurador por no ser necesaria, en el caso de haberla, no tenga un término señalado para ello, pues debe observarse que en el mismo inciso del artículo 214 en el que se prescribe como obligatoria la intervención del Procurador General de la Nación, a renglón seguido se establece que “en los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir”, lo cual quiere decir que cuando se trate de la acción de inexecutableidad no es necesaria la concurrencia del Procurador, pero en el evento de que éste intervenga, los mismos artículos indican el término en que puede hacerlo sin que le sea permitido al ejecutivo introducir ninguna modificación so pretexto de hacer valer las facultades conferidas por el artículo 76 del ya citado acto legislativo N° 1 de 1968.

“Obsérvese, al efecto, que el inciso final del artículo 214 señala, tanto para el Procurador como para la Sala Constitucional un término de treinta (30) días para rendir concepto y para presentar ponencia, respectivamente, pero en los artículos 121 y 122 los términos se reducen a la tercera parte, o sea, a diez (10) días cuando no se trate de acción de inexecutableidad sino del envío que de los decretos legislativos haga el Gobierno a la Corte o de la aprehensión por parte de ésta cuando el Gobierno no hiciera tal envío.

“Adviértase que en los citados artículos de la Constitución en parte alguna se habla de **revisión** y que por lo tanto este vocablo no corresponde a las autorizaciones que al Gobierno confirió el literal c) del artículo 76 del acto legislativo N° 1 de 1968 y a diferencia de la sanción que el último inciso del artículo 214 consagra para magistrados y Procurador para el caso de incumplimiento de los términos, los últimos incisos de los artículos 121 y 122 sólo comprenden a los magistrados, lo que sirve para confirmar el criterio de que la intervención del Procurador sólo es obligatoria en las acciones de inexecutableidad, pero esto no autoriza al Gobierno para recortar los términos de este último en los casos en que potestativamente quiera intervenir.

Quiere decir lo dicho que al haberse señalado en la norma acusada un término inferior al indicado en los artículos 214, 121 y 122 de la Constitución, se violaron tales artículos, por lo cual en concepto de esta Fiscalía, la demanda debe prosperar”.

### I. Consideraciones de la Sala

La Sala Unitaria al admitir la demanda entendió que el Consejo de Estado es competente para conocer de ella por tratarse de un decreto que, no obstante tener fuerza de ley en virtud de norma constitucional expresa, sin embargo no pertenece a ninguna de las categorías enumeradas en el artículo 214 de la Constitución Nacional para estructurar la competencia de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de inexecutable, por lo cual debe entenderse que este decreto de naturaleza jurídica muy especial y “sui generis” queda comprendido bajo la prescripción del artículo 216 *ibidem*.

Con anterioridad, esta misma Sala había expresado en un proceso promovido para obtener la declaración de nulidad del artículo 30 del mismo Decreto 432 de 1969, con ponencia del doctor Mora Osejo, lo siguiente:

“Se trata, en consecuencia, de facultad o atribución que en principio corresponde al Congreso (artículos 147 y 151, ordinal 4º de la Constitución y 76 del acto legislativo N° 1 de 1968), pero adscrita constitucional y transitoriamente al Gobierno “mientras la ley no lo haga”, con la finalidad ya indicada. El Decreto 432 del 26 de marzo de 1969, dictado con base en ella, aunque materialmente se asemeja a la ley, hasta el punto de reemplazarla mientras se dicta, orgánicamente considerado, en cuanto dictado por el Gobierno, es un reglamento constitucional transitorio, como los demás de su índole o naturaleza, de cuya acusación de inconstitucionalidad es competente para conocer el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 216 de la Constitución, no la Corte Suprema de Justicia que sólo conoce, como ha sostenido reiteradamente, en guarda de la Constitución, de los casos taxativamente señalados en los artículos 214, 121 y 122 *ibidem*, entre los cuales no se cuenta el decreto que se trata. Por tanto, el Consejo tiene jurisdicción y competencia para conocer, por lo que procede resolver en el fondo”. (Sentencia mayo 26 de 1972, Anales del Consejo, tomo LXXXII, página 215 y siguientes).

La Corte Suprema de Justicia en fallo reciente de Sala Plena (sentencia abril 17 de 1975), ratificó su jurisprudencia en la materia, en un todo coincidente con la de esta corporación.

### II. La cuestión de fondo

La jurisdicción constitucional que le compete a la Corte Suprema de Justicia por vía directa, vale decir la que no se realiza a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad, presenta hoy tres modalidades que la Constitución distingue con rigurosa claridad (Arts. 121, 122 y 214) y que dan lugar a tres sub-especies del proceso de inexecutable, a saber:

**Primera.** La actuación jurisdiccional provocada por el rechazo de las Cámaras a la objeción de inconstitucionalidad que formule el Go-



bierno en relación con un proyecto de ley aprobado por el Congreso en los debates reglamentarios. En esta hipótesis el objeto de la pretensión es el proyecto de ley y la pretensión misma es la presunta inconstitucionalidad aducida en el mensaje de objeciones.

**Segunda.** El proceso se inicia como consecuencia del ejercicio de la acusación ciudadana, en orden a obtener la declaración de inexecutable de una ley o de un decreto del Gobierno dictado en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y el 80 de la Carta.

**Tercera.** La actuación jurisdiccional se produce "ex-officio", una vez que el Gobierno remite a la Corte los decretos legislativos que dicte en ejercicio de los poderes extraordinarios que se le confieren durante la emergencia económica o el estado de sitio, o, cuando la Corte, a falta del envío, aprehende inmediatamente su conocimiento.

Con respecto a la intervención del Procurador General de la Nación, prescribe la Carta que "deberá intervenir siempre en las acciones de inexecutable" (Art. 214). Quiere significarse con ello que sólo es imperativa en la segunda hipótesis, o sea, cuando el control constitucional es provocado por el ejercicio de la acusación ciudadana? ¿Qué sentido tiene el vocablo "acción" en la norma citada?

Para hallar respuesta adecuada a estos interrogantes es preciso, en primer lugar, rastrear en la evolución constitucional para tratar de verificar si en esta materia ha existido, o no un criterio constante del cuerpo constituyente. Este examen debe iniciarse a partir de 1910 porque en el acto legislativo N° 3 de ese año quedó perfilado con sus rasgos fundamentales la jurisdicción constitucional en los siguientes términos:

"Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

"Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes tendrá las siguientes:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, **previa audiencia del Procurador General de la Nación**" (subraya la Sala).

El primero de los medios de control de constitucionalidad, (Art 40 citado) se denominó desde entonces por la doctrina y la jurisprudencia como el de la vía de excepción de inconstitucionalidad, por su carácter indirecto y, el segundo, el directo, como el control por la vía de la acción. Este último presentaba dos modalidades según la actuación jurisdiccional fuera provocada por el ejercicio de la acción ciudadana o por acto gubernamental, a través del mensaje de objeciones de inconstitucionalidad que hubiere sido objeto de rechazo por las Cámaras.

**Dentro de las dos modalidades del control directo, exigía la Constitución la audiencia previa del Procurador General de la Nación.**

Las disposiciones transcritas se conservaron intactas en la reforma constitucional de 1936 y sólo fueron objeto de modificación en el año de 1945, cuando se consagró un título de la Constitución a la materia que, desde entonces se denomina "jurisdicción constitucional". Las reformas introducidas no fueron sustanciales, pues se conservó en lo fundamental, el sistema instituido en el año de 1910. En efecto, se cambió la expresión actos legislativos por la de leyes, porque a aquella denominación se le había atribuido un sentido específico en cuanto referida a los actos reformativos de la Constitución; se hizo una enumeración taxativa de los decretos sometidos a la decisión de la Corte en materia de exequibilidad para atribuir los restantes al control jurisdiccional de los órganos de lo contencioso administrativo, con el fin de delimitar con precisión las diversas órbitas de competencia y, por último se cambió la frase "previa audiencia del Procurador General de la Nación" por la siguiente: "En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación".

No hay constancia en los antecedentes del acto legislativo de 1945 que el constituyente hubiese considerado inconveniente e inadecuada la intervención del Procurador en el caso de examen de constitucionalidad provocado ante la Corte por las objeciones presidenciales a los proyectos de ley, ni que la premura del término de seis (6) días señalados a la Corte para su pronunciamiento hiciera imperioso eliminar la intervención del Procurador. No sobra advertir que ese término tan breve está consagrado en la Constitución desde 1886, y que, por lo tanto, la audiencia previa del Procurador exigida por el acto legislativo se cumplió no obstante la premura del lapso señalado para la decisión. Ello indica que el empleo por el constituyente del año 45 del vocablo acción no tuvo por fin limitar la audiencia del Procurador a los casos de la acusación ciudadana, sino expresar, acogiendo la terminología acuñada jurisdiccional y doctrinalmente, que la intervención en el proceso era necesaria e imperiosa en los casos del control directo o, por la vía de acción y no en el indirecto, o sea, el de la vía de excepción. Vale decir que, no obstante el cambio literal del texto, el principio consagrado sobre este punto desde 1910 se conservó intacto.

En la reforma constitucional de 1968 se introdujo la innovación que algunos han denominado "control automático de la constitucionalidad", en relación, con los decretos que dicte el Gobierno en ejercicio de las facultades que emanan del estado de sitio y de la emergencia económica. Se trata también de un control de tipo directo en el que se, provoca la actividad jurisdiccional por la simple expedición del decreto. En cuanto a la intervención del Procurador en esta nueva especie de control, el constituyente del año 68 no consagró ninguna disposición expresa para excluirla; simplemente se limitó a reiterar la fórmula establecida en el año 45. Por consiguiente, dado que el nuevo control instituido no puede catalogarse como indirecto, o por la vía de la excepción sino que se toma como directo o por la vía de la acción, ha de entenderse que la intervención del Procurador en el proceso correspondiente, también es necesaria e imprescindible.

No suele el constituyente emplear las palabras dentro del marco riguroso de sus acepciones técnico-jurídicas, entre otras muchas razones porque es un cuerpo político que actúa fundamentalmente en función política para trazar los lineamientos generales de la organización estatal y no para precisar los desarrollos específicos de las instituciones, campo este último en el cual la técnica sí debe jugar un papel importante. Por ello el intérprete debe ser muy cuidadoso cuando se trata de descifrar el alcance de vocablos empleados por el constituyente y que puedan tener simultáneamente una significación técnica precisa o un sentido menos riguroso en el lenguaje corriente, tal y como ocurre en este caso con la palabra acción. Todo, pues, parece indicar según se expresó atrás que en el texto del artículo 214 se empleó el vocablo para indicar los tres tipos de control constitucional, diferentes al que se realiza a través de la llamada excepción constitucional; vale decir, que acción se opone a excepción.

Pero en el supuesto de que el razonamiento anterior no fuera suficiente y que la palabra tuviese una estricta significación procesal, la conclusión tampoco podría ser que la intervención necesaria del Procurador se limitara a la hipótesis del control jurisdiccional de la Corte provocado por acusación de los ciudadanos, a menos de equiparar el concepto de acción utilizado en el artículo 214 con el concepto específico de la acción en el proceso civil, haciendo caso omiso de otros tipos de acción en los cuales la naturaleza pública se acentúa, en medida tan considerable, que no es menester la instancia de persona alguna para provocar la actividad del órgano jurisdiccional que da lugar al proceso.

Precisamente en el caso del control automático habría razones muy poderosas para concluir que el fenómeno jurídico que allí se configura es análogo al de la acción y el proceso penal, pues la sola noticia de la existencia del decreto, así como la noticia del crimen, son suficientes para provocar el ejercicio de la jurisdicción.

De otra parte, es evidente que en el caso del control jurisdiccional por razón de las objeciones de inconstitucionalidad a los proyectos de ley, resulta provocado por la pretensión ejecutiva formulada en el mensaje de objeciones y rechazada por las Cámaras, en razón de lo cual no sería un despropósito jurídico establecer analogía entre ese mensaje y una demanda en sentido estricto.

Por lo demás cuando se creó el llamado "control automático" en la reforma constitucional de 1968, se previó expresamente la intervención de cualquier ciudadano en el proceso correspondiente (Art. 214) porque se la consideró no solo necesaria sino conveniente para el acierto de la decisión. Si tal fue el criterio del constituyente no se advierte razón valedera para presumir que simultáneamente hubiese considerado inconveniente, innecesario o menos importante la intervención del Procurador en ese mismo proceso. Este es otro argumento en contra de la interpretación restrictiva del artículo 214 si el control automático tiene igual trascendencia que el control rogado, cuál la razón para que el Procurador deba intervenir en el uno y no en el otro?

Las razones precedentes le permiten concluir a la Sala que, a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 214, 121 y 122 de

la Constitución, la intervención del Procurador General de la Nación es obligatoria en todos los casos en que la Corte Suprema de Justicia deba decidir sobre la exequibilidad. De esta suerte, la intervención del Procurador que se contempla en el artículo 14 cuya nulidad se pretende, no puede considerarse que emana del propio artículo en referencia, pues, esta disposición apenas puede estimarse como un pretendido desarrollo de un principio establecido ya en la Carta fundamental. Esa intervención emana directamente de los artículos 217 inciso 3º y último, en concordancia con los artículos 121, y 122 de la Carta.

Se limita la Constitución a prescribir el deber del Procurador de intervenir en los procesos de inexecutableidad, que, además, determina cómo entiende esa intervención. En efecto, el artículo señala que deberá rendir un concepto, de donde se concluye que obviamente, para estar en condición adecuada de hacerlo, en los casos de los artículos 121 y 122, debe conocer los escritos que los ciudadanos hayan podido dirigir a la Sala Constitucional para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto, de donde se infiere que el instrumento procesal más idóneo para tal efecto es el traslado.

De otra parte, también la Carta señala expresamente los términos dentro de los cuales ha de cumplir el Procurador con ese deber; en los casos de acusación ciudadana treinta (30) días y en la denominada revisión automática diez (10) días, de lo cual se concluye que las disposiciones que se dicten para el desarrollo de los preceptos constitucionales en cuestión, ya sea que emanen del Congreso, o bien del Gobierno en ejercicio de la facultad especial que le otorgó el constituyente, deben respetar aquellos términos.

Ciertamente la Constitución no fija de manera expresa, el término dentro del cual el Procurador deba rendir concepto en el caso del control de la constitucionalidad provocada por las objeciones presidenciales a los proyectos de ley, pero no es menos cierto que los artículos 121, 122 y 214 al nivelar los términos para rendir concepto y para rendir ponencia en las restantes hipótesis del control constitucional por la vía de la acción, se está consagrando un principio general de derecho aplicable a la hipótesis primeramente enunciada.

El artículo 14 del Decreto 432 de 1969 prescribe que la fijación en lista de tres (3) días es la oportunidad para que el Procurador intervenga en los procesos de inexecutableidad que se susciten por la expedición de decretos de estado de sitio o de emergencia económica; además se señala en dicha norma el instrumento para hacer efectiva la intervención ciudadana en los mismos procesos. En cuanto se refiere al Procurador, teniendo en cuenta la argumentación precedente, es indiscutible para la Sala que esa disposición viola los artículos 121, 122 y 214 de la Carta fundamental porque cambió un traslado previsto en la Carta por una fijación en lista y porque como lo afirma el demandante, el término u oportunidad de la intervención del Procurador se rebajó a tres (3) días cuando debía ser de diez (10). Pero en cuanto se refiere a los ciudadanos no le asiste razón al actor cuando formula el cargo, pues no existe disposición constitucional que prefijare ningún término para el ejercicio de la facultad que por el artículo 214 se le

confiere a aquéllos. Podría ser cuestionable desde un punto de vista de pura conveniencia, la inadecuación del término fijado en el artículo 14 acusado, e inclusive podría hacerse un examen de su juridicidad para ver de establecer si, atendidas la forma de iniciación del proceso, la brevedad del plazo pudiera entrañar, en cierta forma, una merma del derecho otorgado; pero la Sala se abstiene de hacer consideraciones al respecto porque el cargo no se ha formulado sobre estas bases.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara la nulidad de la siguiente frase: "tanto el Procurador General de la Nación, como", del artículo 14 del Decreto 432 de 1969. En lo demás se niegan las súplicas de la demanda. Por consiguiente, el artículo 14 quedará así:

"Artículo 14. Para la efectividad de la intervención ciudadana en la revisión de los decretos legislativos, repartido el expediente, el magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de tres (3) días, durante los cuales, cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito en memorial dirigido a la Sala Constitucional, para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto".

Comuníquese a la Corte Suprema de Justicia, al Procurador General de la Nación y envíeseles copia de esta sentencia.

Archívese el expediente previa ejecutoria.

Notifíquese, cópiese, comuníquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao*, Presidente; *Jorge Dávila Hernández*, con salvamento de voto; *Bernardo Ortiz Amaya*, con salvamento de voto; *Alfonso Castilla Sáez*, con salvamento de voto; *Nemesio Camacho R.*, *Humberto Mora Osejo*, con salvamento de voto; *Oswaldo Abello Noguera*, *Alvaro Orejuela Gómez*, *Carlos Galindo Pinilla*, *Rafael Tafur Herrán*, *Carlos Portocarrero Mutis*, *Jorge Valencia Arango*, *Gustavo Salazar Tapiero*, con salvamento de voto; *Miguel Lleras Pizarro*, con salvamento de voto; *Alvaro Pérez Vives*, *Ricardo Uribe Holguín*.

*Alvaro Escobar Henríquez*, Secretario.

## SALVAMENTO DE VOTO

De los Consejeros doctores Jorge Dávila Hernández, Humberto Mora Osejo, Alfonso Castilla Sáiz y Gustavo Salazar Tapiero.

I. Con todo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, disenti- mos de las razones que sustentan la sentencia y consideramos que se debió negar la petición de la demanda, por los motivos que en seguida nos permitimos exponer:

II. La sentencia declara la nulidad parcial del artículo 14 del De- creto número 432 de 1969, "en cuanto dice relación con el Procurador General de la Nación", porque esencialmente se considera que, "a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 214, 121 y 122 de la Constitución, la intervención del Procurador General de la Nación es obligatoria en todos los casos en que la Corte Suprema de Justicia debe decidir sobre la exequibilidad". Pero este motivo, que no es aquel en que se funda la acción, no pudo servir de fundamento a la decisión. En efecto:

1º Según los actuales textos constitucionales, se pueden hacer cua- tro grandes categorías sobre el control de constitucionalidad que ejerce la Corte: a) La acción de inexecuibilidad, propuesta por cualquier ciu- dadano contra la ley y los decretos dictados con base en los artículos 80 y 76, ordinales 11 y 12, a los cuales expresa y taxativamente se re- fieren los artículos 118, ordinal 8º, y 214, ordinal 2º, de la Constitución; b) El "control automático", sobre los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución, al cual se refieren los ar- tículos 90, 118, ordinal 8º, 121, 122 y 214, ordinales 1º y 2º, inciso 2º, de la Constitución; c) El examen de la constitucionalidad de los pro- yectos de ley obietados por el Gobierno como inconstitucionales, de con- formidad con lo prescrito por los artículos 90 y 214, ordinal 1º, de la Constitución; d) La excepción de inconstitucionalidad que puede apli- car la Corte, como cualquier otro funcionario, prevista como tal por el artículo 215 de la Constitución.

2º No se discute, en el caso sub iudice, el procedimiento para ade- lantar y decidir las acciones de inexecuibilidad, en las cuales, como prescribe el artículo 214, ordinal 2º, inciso 2º, de la Constitución "de- berá intervenir siempre el Procurador General de la Nación", en la forma y dentro de los términos señalados por el inciso 4º ibídem; ni el procedimiento para decidir las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de ley, sobre el cual el artículo 90 de la Constitución simplemente prescribe que, "si las Cámaras insistieren, el proyecto pa-

sará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad" (subrayamos); ni menos el alcance ni la oportunidad en que se deba dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad.

3º El actor infirma el artículo 14 del Decreto número 432 de 1969 porque lo considera violatorio de los artículos 121, 122, 214, 215 y 218 de la Constitución, en cuanto "redujo en forma arbitraria los términos que tienen tanto los ciudadanos como el Procurador para presentar sus escritos": a este respecto, se afirma que "el nuevo término que les señaló fue de tres (3) días", no obstante que, según la lógica matemática, debió ser de diez.

4º Consideramos que la acción, (según los fundamentos expuestos) no podía prosperar:

a) Según el motivo invocado, el artículo 14 del Decreto número 432 de 1969, que regula la intervención de terceros en el examen de la constitucionalidad de los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución, debió disponer un término de fijación en lista, no de tres días, sino de diez días. Pero, de conformidad con el artículo 214, ordinal 2º, inciso 2º, de la Constitución, "en los casos de los artículos 121 y 122 cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren", sin que al efecto fijara un término, motivo por el cual mal puede alegarse que éste debió ser de diez y no de tres días; b) Por el contrario, ante el transcrito precepto constitucional, el Gobierno debió dictar la norma acusada para llenar el indicado vacío de la Constitución, con base en la competencia que le dio el artículo 76, letra c), del acto legislativo número 1 de 1968, "para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo" (subrayamos): si la Constitución instituyó la posibilidad de que los ciudadanos intervengan directamente, "para defender o impugnar la constitucionalidad", en el estudio de los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122, ¿por qué puede ser inconstitucional el que el Gobierno, con base en autorización especial y expresa de la misma Carta, mediante la norma acusada haya señalado el término dentro del cual pueda efectuarse esa intervención?; c) La sentencia de la cual disentimos declara la nulidad parcial del precepto, en cuanto se refiere al término de traslado al Procurador, y la deniega en lo demás, por razones semejantes a las que acabamos de exponer. Pero, en primer lugar, el actor no infirma el acto a causa de que considere que omitió el traslado al Procurador, sino porque estima que el término de fijación en lista, tanto para el Procurador como para cualquier ciudadano pueda hacerse parte, debió ser de diez y no de tres días, bajo el supuesto tácito consistente en que en el examen de los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución no es procedente efectuar el mencionado traslado al Procurador: si el actor no funda su petición en la omisión del traslado al Procurador sino en que el término de fijación en lista debió ser de diez días, la Sala no podía proferir su decisión, como lo hizo, con base en motivo distinto del alegado: pues según el artículo 84, ordinal 4º, del Código Contencioso Administrativo, el examen de la acción de nulidad de un acto debe efec-

tuarse, sin excepción alguna, con base en las disposiciones invocadas y en el concepto de violación. Lo contrario, como sucedió con la sentencia de que disentimos, constituye un juzgamiento oficioso y caprichoso, al margen de los fundamentos de la acción, no obstante que éstos circunscriben el poder del juzgador; d) De manera que el problema planteado por el actor consiste en la afirmación de que el término de fijación en lista, prescrito por la norma acusada, debió ser de diez días, según los párrafos de los artículos 121 y 122 de la Constitución, equivalentes a la tercera parte del señalado por el artículo 214, inciso final, de la misma Carta. No consideramos fundada esta aserción del actor por los siguientes motivos:

i) Como anotamos anteriormente, el artículo 14 del Decreto número 432 de 1969 tiene por finalidad desarrollar, con fundamento en atribución específica que le dio al Gobierno el artículo 7º, letra c), del acto legislativo número 1 de 1968, el artículo 214, ordinal 2º, de la Constitución, que permite a cualquier ciudadano intervenir, en la forma indicada, "en los casos de los artículos 121 y 122": la norma acusada determina el término para hacerlo, en defecto de la Constitución, la cual, por lo mismo, no fue infringida sino observada por el Gobierno; ii) El inciso final del artículo 214 de la Constitución prescribe los términos dentro de los cuales deben ejercer sus respectivas funciones, en relación con "las acciones de inexequibilidad", el Procurador, la Sala Constitucional y la Sala Plena de la Corte, y los párrafos de los artículos 121 y 122 reducen los que regulan a la tercera parte de aquéllos, es decir, a diez días. Pero ninguno de ellos se refiere, ni directa ni indirectamente, al término de fijación en lista, que sólo fue señalado por el artículo 14 del Decreto número 432 de 1969, con fundamento en el artículo 214, ordinal 2º, inciso 2º, de la Constitución y con la finalidad indicada, como parte integrante de la tramitación tendiente al examen de la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las atribuciones de los artículos 121 y 122 de la Constitución; iii) De manera que, si el Gobierno, en relación con este aspecto específico, no estaba limitado por ningún precepto constitucional, al ejercer la atribución que le dio el artículo 76, letra c), del acto legislativo número 1 de 1968, bien pudo disponer, como lo hizo mediante la norma acusada, que el término de fijación en lista de los asuntos a que se refiere sea de tres y no de diez días, como pretende el actor.

III. Las demás consideraciones de la sentencia, tendientes a sostener que en el examen que hace la Corte de los decretos dictados por el Gobierno con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución, debe correrse traslado al Procurador no son pertinentes al caso sub judice que se basa, como hemos explicado, en un motivo diferente, y, por ser improcedentes, no debieron plantearse ni menos pudieron servir de fundamento para declarar la nulidad parcial de la norma acusada.

**La conclusión.** Por todas las consideraciones que preceden, consideramos que debió denegarse íntegramente la petición de la demanda.

Fecha ut supra.

*Jorge Dávila Hernández, Humberto Mora Osejo, Alfonso Castilla Sáiz, Gustavo Salazar Tapiero.*



## SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro.

**Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—** Bogotá, D. E., dos de junio de mil novecientos setenta y seis.

Ref.: Expediente 2225. Nulidad del artículo 14 del Decreto 432 de 1969.

La propia sentencia suministra los argumentos necesarios para dis- sentir de sus conclusiones cuando observa que “no hay constancia en los antecedentes del acto legislativo de 1945 que (sic) el constituyente hubiese considerado inconveniente o inadecuada la intervención del Procurador en el caso de examen de constitucionalidad provocado (sic) ante la Corte por las objeciones presidenciales a los proyectos de ley...”. En el artículo demandado no se excluye la intervención de ese funcio- nario.

En el artículo 214 se hace obligatoria la intervención del Procurador en los casos de acción y se otorga la facultad de intervención de los ciu- dadanos en los mismos casos. También se señalan términos para el trámite de quienes deben intervenir en el proceso pero se omite fijar los relativos a la intervención ciudadana. Los artículos 121 y 122 re- ducen los términos del 214 a una tercera parte.

El decreto que contiene la disposición demandada se adoptó por autorización constitucional mientras la ley establece el procedimiento y para declararlo inexecutable parece prudente compararlo con los textos constitucionales tal como están escritos y sólo en el caso de contradic- ción obvia o, si se prefiere, violenta, cabría su nulidad.

Temo que equiparar las objeciones del Presidente con el control automático resultante de las normas del 121 y del 122 es ganarle al constituyente una partida de conveniencia; y asimilar tales casos con el derecho de acción, excede los límites de cualquier hermenéutica. Acepto que el constituyente en los últimos tiempos, en especial en 1968, ha sido muy descuidado, pero si se mira la nómina de quienes com- ponían el Congreso durante esta última reforma, se encontrará más de un eminente jurista que no tiene motivo para sorprenderse sobre el significado jurídico de la palabra acción que, aunque tiene más de veinte acepciones, en el foro se sabe que es el derecho que se tiene de pedir alguna cosa en juicio, de pedir que la justicia se administre.

La sentencia de que disiento está fundada en razones de conveniencia que comparto pero que, como juez, no puedo suscribir porque los fallos deben fundarse en el derecho.

*Miguel Lleras Pizarro.*

## SALVAMENTO DE VOTO

**Del Consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya.**

Ref.: Expediente número 2225. Actor: Héctor R. Rodríguez Pizarro.

El suscrito Consejero se aparta respetuosamente del criterio de la mayoría y disiente de la motivación de la sentencia y de su decisión.

En primer lugar, las razones expuestas por los colegas en el salvamento de voto que antecede, las comparto totalmente, por cuanto el problema sometido a estudio y decisión radica en el término de fijación en lista fijado por el artículo 14 del Decreto 432 de 1969, que en ninguna norma de la Constitución está fijado; pero una cosa es el término que le señaló el inciso final del artículo 214 de la Constitución al Procurador General de la Nación para rendir concepto, término que fue disminuido a una tercera parte por los incisos finales de los párrafos de los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional y otra cosa es el señalamiento de un término de 3 días para la fijación en lista a que se refiere el artículo 14 del Decreto 432 de 1969, para que tanto el Procurador como cualquier ciudadano intervenga en el trámite del control oficioso de la constitucionalidad de los actos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias derivadas de los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional.

Pero además, el suscrito Consejero considera que la elaboración jurídica de la ponencia para sostener que el control automático de la Constitución en virtud de lo dispuesto en los artículos 121 y 122 de la misma, así como el control preventivo derivado de las objeciones presidenciales contra los proyectos de ley, a que se refiere el numeral 1º del artículo 214 de la Constitución Nacional, proviene del ejercicio de una acción y que como tal está sujeto a las normas especiales contenidas en el numeral 2º del mismo artículo 214, no es aceptable, pues los trámites establecidos en la Constitución no dan cabida a la noción del ejercicio del derecho de acción definido y estudiado cautelosamente por todos los doctrinantes y que debe traducirse en una pretensión para salvaguardar un derecho individual o colectivo o aun para defensa del orden jurídico establecido.

Es indudable que en cuanto, a las objeciones de inexecutable de los proyectos de ley hechos por el Gobierno, no puede predicarse que al ser remitidas a la Corte Suprema para que ejerza la competencia otorgada por la Constitución, se esté ejercitando una acción sobre situaciones legales definidas, pues como su nombre lo indica el control

constitucional de esos proyectos de ley son anteriores a su existencia y a su propia vigencia para garantizar la constitucionalidad de los mismos y sólo después del trámite establecido por la Constitución viene la sanción presidencial y se crea la situación jurídica de orden general. Eso mismo está indicando cómo no puede considerarse que la facultad otorgada a la Corte Suprema de Justicia, sea consecuencia del ejercicio de una acción que pone en movimiento a la jurisdicción, puesto que se trata de prevenir el que se dicten leyes viciadas en su forma o en su fondo de defectos de incostitucionalidad, pero no como un derecho que ejerce el Presidente o las Cámaras, sino como una obligación que deben cumplir para que el órgano jurisdiccional competente le dé o le niegue la razón al jefe del ejecutivo.

Como se ve, el control constitucional por razón de las objeciones presidenciales, no puede asimilarse al ejercicio de una acción, ni el trámite correspondiente puede considerarse como un proceso en el sentido estricto de la palabra, ya que es solamente una gestión de carácter preventivo y previo a la existencia de la norma en la que la Corte actúa, como lo dice el doctor Luis Carlos Sáchica en el libro "Constitucionalismo colombiano": "en su función de guardiana de la Constitución y en el campo que le es técnicamente propio, ya que el conflicto es estrictamente jurídico incompatibilidad entre las normas del proyecto y las de aquélla".

La similitud que hace el ponente entre la función preventiva de la Corte y el de la acción y el proceso penal no es posible aceptarlo, puesto que todo el régimen represivo del Código Penal está fundado sobre la facultad que tiene el Gobierno para la conservación del orden frente de los actos delictuosos de un ciudadano que por virtud de ellos lo está alterando, con el poder de sancionar. Por eso la ley expresamente dispuso que "la acción penal corresponde al Estado", (artículo 10, Código de Procedimiento Penal).

En el caso comentado el Presidente de la República o las Cámaras legislativas al remitir a la Corte las objeciones contra un proyecto de ley, no están ejercitando acción alguna sino cumpliendo el deber impuesto por la misma Constitución de someter a estudio y decisión las objeciones, para que un tercer órgano sea quien decida en definitiva si le asiste o no la razón al objetante y podría afirmarse que ninguna pretensión formula el Presidente ni las Cámaras en ejercicio de un derecho de acción, como se plantea en la sentencia, sino que se someten a que el conflicto entre el poder legislativo y el ejecutivo lo dirima y resuelva el poder jurisdiccional.

Con relación al control automático u oficioso de los decretos dictados por el Gobierno en razón del estado de sitio o del estado de emergencia, establecidos por los artículos 121 y 122 de la Carta, es más notoria la ausencia de la acción dentro de la cual pretende la sentencia incrustar estas facultades de control constitucional que tiene la Corte Suprema de Justicia; pues de acuerdo con lo previsto en el parágrafo del artículo 121, que es igual al parágrafo del artículo 122, si el Gobierno no cumple con el deber de enviar los decretos dictados con fundamento en estas situaciones anormales, la "Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento". Ello está indicando muy claramente, que el trámite de esta revisión automática nueva figura jurídica, creada en el derecho constitucional con la refor-

ma del año de 1968, no corresponde al ejercicio del derecho de acción en reclamo de una pretensión, sino simplemente a un trámite de garantía para el orden constitucional a fin de que el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias mencionadas, no extralimite su poder realizando actos de vigencia inmediata que no se compadezcan con el orden constitucional preestablecido.

Muy claramente ha dicho también el doctor Luis Carlos Sáchica en su nota comentada que este trámite de revisión automática u oficiosa, "elimina en la práctica la vía de acción para los ciudadanos en lo relativo a esta clase de decretos, y sustituye el control especial de las Cámaras legislativas sobre los mismos".

Todo esto hace que la tesis sostenida en la sentencia no sea aceptable, pues solamente en la acción de inexecutable que puede ser propuesta por cualquier ciudadano y a la que se refiere el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución es donde se perfila claramente el ejercicio de este derecho y la formulación de pretensiones para que se satisfagan.

Estos temas sobre la jurisdicción, la acción y el proceso son de muy difícil precisión y por eso el tratadista Jesús González Pérez transcribe unas observaciones de Alcalá-Zamora y Castillo quien afirma "que del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es; de la jurisdicción, conocemos lo que es, pero no dónde está, y de la acción ignoramos lo que es y dónde está". Sin embargo el procesalista Couture considera que la acción es "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión". Esa definición implica en primer lugar que es un derecho de todo ciudadano con opción para ejercerlo o no, y para obtener la satisfacción de pretensiones enfrente de una situación jurídica individual o general. Pero como lo observa el propio Couture este derecho de acción no puede confundirse con otros poderes jurídicos o facultades.

Estando pues sentado el principio de que tanto para las objeciones presidenciales como para el control automático u oficioso de los decretos-leyes dictados en desarrollo de los artículos 121 y 122 de la Constitución, se cumplen tan sólo trámites de control preventivo, las facultades otorgadas a la Corte Suprema de Justicia, son de una autonomía sustancial tan grande, que elimina condicionar su trámite al ejercicio de una acción y como consecuencia a la conformación de un proceso.

Dentro de ese mismo orden de ideas y consultando el deseo de la propia Constitución de que estos trámites se realicen dentro del menor tiempo posible para no entorpecer la acción del legislador, o del ejecutivo, la comparecencia del Procurador General de la Nación para emitir concepto sobre el tema en estudio, no es de carácter obligatorio como lo fue ordenado para las acciones de inexecutable.

Es cierto que el Procurador por razón de las facultades que la propia Constitución le otorga, de vigilar, que todos los funcionarios al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes y en su condición de cabeza del Ministerio Público para la defensa de la sociedad, tiene la facultad y casi se podría sostener que el deber de hacerse presente en estos trámites para dejar oír su voz y su criterio sobre el

tema sometido a estudio pero su presencia como la de los ciudadanos que deseen defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos, es accidental y no necesaria para la regular tramitación de los controles preventivos y automáticos a que nos hemos venido refiriendo por parte de la Corte Suprema de Justicia.

En estas condiciones el hecho de que el Decreto 432 de 1969 en su artículo 14, dictado con fundamento en el literal c) del artículo 76 del acto legislativo número 1 de 1968 haya establecido un término de 3 días para la fijación en lista de los negocios sometidos a ese trámite de control constitucional no sólo está dictado con fundamento en autorización expresa de la Constitución sino que no contraría ninguna de las normas previstas en la misma, teniendo en cuenta que no estamos enfrente de una acción de inexecuibilidad ni de un proceso propiamente dicho.

Con las precedentes líneas dejo explicado los motivos de mi inconformidad con la sentencia y a manera de complemento de las muy bien expuestas ideas de mis colegas en el anterior salvamento de voto.

Fecha ut supra.

*Bernardo Ortiz Amaya.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.**— Proporcionalidad de algunas deducciones. La limitación que establece el artículo 59 del Decreto reglamentario 187 de 1975, no está contenida en el estatuto orgánico del impuesto y por ser limitativa de los derechos del contribuyente, no puede adoptarse por la vía reglamentaria. Se declara la nulidad de los artículos 59 y 60 del Decreto reglamentario 187 de 1975.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciocho de junio de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Ref.: Radicación 3142. Nulidad de los artículos 12, 13, 59, 60, 66, 67 y 68 del Decreto 187 de 1975 del Gobierno Nacional. Demandante: Cayetano Betancur.

Por discrepancia de la mayoría con uno de los puntos del proyecto presentado a la Sala por el conductor del proceso, Consejero doctor Jorge Dávila Hernández, el negocio ha pasado al Consejero que sigue en turno quien adopta la ponencia original sin modificaciones salvo en lo relativo a los artículos 59 y 60.

“El doctor Cayetano Betancur, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, en demanda presentada ante el Consejo de Estado pide que se decrete la nulidad de los artículos 12, 13, 59, 60, 66, 67 y 68 del Decreto reglamentario número 187 de 1975, cuyo texto reza:

“Artículo 12. La constitución de apoderado por personas naturales o extranjeras o sucesiones de causantes extranjeros sin residencia en el país, surte efectos para los fines previstos en el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974, cuando se trate de personas obligadas a constituirlo de conformidad con el artículo 477 del Código de Comercio y siempre que, además de reunirse las condiciones señaladas en el artículo 472 del mismo Código, el mandatario tenga residencia permanente en Colombia y se halle facultado para responder por las obligaciones tributarias de su poderdante.

“La existencia del poder deberá acreditarse con la respectiva declaración de renta y patrimonio.

“En todos los casos en que el contribuyente sin domicilio en el país constituya apoderado para fines tributarios, éste debe reunir las exigencias señaladas en el inciso 1º de este artículo.

“Artículo 13. Para que la designación de apoderado en el país libere de la retención en la fuente, en los casos previstos por el artículo 134 del Decreto 2053 de 1974, distintos de los contemplados en el artículo siguiente, debe acreditarse ante el retenedor que al momento del pago o abono en cuenta, el beneficiario tiene apoderado en el país, constituido con el lleno de las exigencias señaladas en el artículo 12 del presente decreto, mediante entrega de la copia auténtica del respectivo poder. De lo contrario la retención debe efectuarse.

“El retenedor deberá acompañar a su declaración de renta y patrimonio copia auténtica de dicho poder cuando con base en su existencia solicite como costo o deducción pagos o abonos en cuenta sin acreditar la retención en la fuente exigida por el inciso 4º del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y presentarlo en todos los casos en que alegue que la existencia del poder, lo exonera de su responsabilidad como agente de retención”.

.....

“Artículo 59. En los casos en que las sucursales, filiales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras tuvieren derecho a deducir de su renta bruta pagos hechos a sus casas principales o matrices en el exterior, no comprendidos dentro de las limitaciones del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros vigentes en el país, la deducción a que haya lugar no podrá exceder del diez por ciento (10%) de la renta líquida computada antes de restarse tales gastos.

“Artículo 60. Son deducibles de la renta bruta las bonificaciones, gratificaciones, primas y regalos hechos por el contribuyente, a título de mera liberalidad, a sus trabajadores, incluidos los socios que tengan este carácter, en cuanto no excedan del diez por ciento (10%) del salario pagado a cada uno durante el año.

“Artículo 66. Para que proceda la deducción por concepto de regalías en el aprovechamiento, uso o explotación de intangibles, tales como marcas, patentes, privilegios, o de beneficios pagados por asistencia técnica, es necesario que el contribuyente a más de cumplir con los requisitos propios de las expensas necesarias por pagos a terceros, acompañe a su declaración de renta los siguientes documentos:

“1. Certificación expedida por la entidad competente en que conste el registro de los intangibles cuyo uso, explotación o aprovechamiento se solicita como costo o deducción.

“2. Copia debidamente autenticada del contrato referente al uso o aprovechamiento de los intangibles o a la prestación de los servicios de asistencia técnica.

“Artículo 67. La deducción por concepto de regalías u otros beneficios originados en contrato sobre importación al país de tecnología y sobre patentes y marcas, será procedente siempre que se demuestre la existencia del contrato y su autorización por parte del organismo ofi-



cial competente, de conformidad con el artículo 18 del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena y puesto en vigencia mediante el Decreto-ley 1900 de 1973.

“No será procedente la deducción de regalías u otros beneficios por concepto de contribuciones tecnológicas cuando el pago se efectúe por una sociedad a su casa matriz en el exterior, o a otra sociedad que esté subordinada a la misma matriz, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del mismo estatuto.

“Artículo 68. En todos los eventos en que se solicite deducción por los conceptos a que se refieren los dos artículos anteriores, deberá acompañarse copia de los asientos contables mediante los cuales se contabilizó el pago o abono, debidamente autenticados por el revisor fiscal o contador público inscrito, según el caso”.

“El actor estima que las disposiciones transcritas son violatorias de varias normas del Decreto 2053 de 1974, así: los artículos 12 y 13 de los artículos 83 y 134; el artículo 59 de los artículos 45 y 55 y los artículos 60, 66, 67 y 68 del mismo artículo 55 del citado Decreto 2053.

“Los conceptos de violación los expresa el demandante así:

“El artículo 13 dispone que para no hacer la retención en la fuente a que se refiere el artículo 134 del Decreto 2053 de 1974, el beneficiario del pago debe acreditar ante el retenedor que tiene apoderado en el país constituido de acuerdo con las exigencias del artículo 12 del mismo decreto y probar la existencia de este apoderado, entregando la copia auténtica del poder respectivo.

“Por su parte el artículo 12 como se acabó de leer, dice que sólo pueden constituir apoderado, los que estén en el caso del artículo 477 del Código de Comercio, es decir, los que pretenden realizar negocios en Colombia.

“El artículo 134 del Decreto legislativo 2053 dice lo siguiente:

“Artículo 134. Deberán retener el impuesto sobre la renta o la tarifa del cuarenta por ciento (40%) quienes hagan pagos, o abonos en cuenta, por concepto de rentas gravables en Colombia así:

“1º Sociedades u otras entidades extranjeras sin domicilio en el país, que no hubieren constituido apoderado en éste.

“2º Personas naturales o extranjeras sin residencia ni apoderado en Colombia.

“3º Sucesiones ilíquidas de extranjeros que no eran residentes en Colombia, cuando estas sucesiones no tuvieran constituido aquí un apoderado”.

“Por su parte, el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 dice lo siguiente:

“Artículo 83. La tarifa única sobre la renta gravable de fuente nacional, de las personas naturales extranjeras sin residencia en el

país y que no están obligados a constituir un apoderado en éste, es del cuarenta por ciento (40%).

“La misma tarifa se aplica a las sucesiones de causantes extranjeros sin residencia en el país.

“Cuando las personas naturales extranjeras sin residencia en el país designen en éste un apoderado, se les aplica la tarifa señalada en el artículo anterior”.

“El decreto reglamentario ha vinculado muy estratégicamente el impuesto a los extranjeros no residenciados y sin apoderado que es del 40% con el impuesto a los extranjeros no residenciados y con apoderado que es igualmente del 40% si no están en las condiciones del artículo 477 del Código de Comercio, es decir, no pretenden realizar negocios en Colombia y no han demostrado esa pretensión de conformidad con lo que dispone el artículo 472 del Código de Comercio.

“El artículo 134 elimina la posibilidad de retención en la fuente para los extranjeros no domiciliados en Colombia y para las sucesiones ilíquidas de los mismos, siempre que tengan apoderado en el país.

“Pero no dice en parte alguna que un extranjero no domiciliado en Colombia, ni una sucesión ilíquida de extranjeros no domiciliados en Colombia aun cuando no pretendan establecer negocios en el país, no pueden constituir apoderado en el mismo para evitar la retención en la fuente del impuesto.

“Tampoco dice el artículo 83 que la constitución de apoderado sólo la pueden hacer las personas naturales extranjeras sin residencia en el país. Precisamente el texto del artículo 83 en su inciso 1º es sumamente claro:

“Artículo 83, inciso 1º: “La tarifa única sobre la renta gravable de fuente nacional, de las personas naturales extranjeras sin residencia en el país y que no están obligadas a constituir un apoderado en éste, es del cuarenta por ciento (40%)”.

“Lo que está diciendo en buen romance y en sana lógica que hay tres clases de extranjeros no residenciados y de sucesiones ilíquidas de extranjeros no residenciados, clases que se deducen de los textos del artículo 83 y del artículo 134 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

“**Primera clase.** La de los que pretenden realizar negocios en Colombia; están obligados a constituir apoderado y a su renta se le aplica la tarifa del artículo 82 del Decreto 2053.

“**Segunda clase.** La de los que estando obligados a constituir apoderados por pretender realizar negocios en Colombia no los constituyen y a esos se les grava con el 40% (artículo 83, inciso 1º y 2º) y al mismo tiempo se le retiene ese mismo porcentaje (artículo 134, ordinales 2º y 3º).

“**Tercera clase.** La de los que no están obligados a constituir apoderados en Colombia porque no pretenden realizar negocios en este país se les grava con el 40%, porcentaje que se les retiene si no tienen apoderado en el país (artículo 134, incisos 2º y 3º).

“De suerte, pues, que el Decreto orgánico 2053 de 1974 no prohibió en ninguna forma a los extranjeros no residenciados ni a las sucesiones de causantes extranjeros sin residencia en Colombia, constituir apoderados, ni estableció que la constitución de apoderados es un privilegio al tiempo mismo que un deber de los que pretenden realizar negocios en el país. Por tanto el artículo 12 viola los artículos 83 y 134 del Decreto orgánico 2053 haciendo creer que sólo pueden constituir apoderado en Colombia los que están obligados a hacerlo según el artículo 477 del Código de Comercio y el artículo 13 a su turno, al desarrollar este principio erróneo comete la misma infracción contra los textos legales aludidos.

“El artículo 59 determina que la deducción de la renta bruta que pueden hacer las sucursales, filiales o agencias de sociedades extranjeras por pagos hechos a sus casas principales en el exterior no puede exceder del 10% de la renta líquida computada antes de restarse tales gastos.

“Es decir que una filial en Colombia de sociedad extranjera ve limitada su posibilidad de deducción de la renta bruta al 10% cuando la norma fundamental no puso este límite por parte alguna.

“En efecto, el artículo 45 del Decreto legislativo 2053 de 1974, consagra como deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en desarrollo de cualquier actividad productora de renta, sin limitar al 10% ninguna de estas expensas.

“Y en cuanto a transferencias al exterior, el artículo 130 del mismo decreto legislativo, crea un impuesto complementario de remesa pero que no tiene nada que ver con la reducción al 10% de que habla el artículo 59 del decreto reglamentario.

“El artículo 134 del mismo decreto orgánico ordena la retención en la fuente a todo abono o pago hecho a sociedades o entidades extranjeras, personas naturales o sucesiones ilíquidas de extranjeros sin domicilio en Colombia, cuando no tuvieren apoderado en el país.

“Y el inciso 4º del artículo 55 del mismo decreto orgánico dice textualmente así:

“Si el beneficiario de la renta fuere una persona natural extranjera o una sucesión de extranjero sin residencia en el país, o una sociedad u otra entidad extranjera sin domicilio en Colombia, la cantidad pagada o abonada en cuenta sólo es deducible si se acredita la consignación del impuesto retenido en la fuente en conformidad con el presente decreto”.

“El artículo 60 introduce una nueva norma en las leyes que reglamenta ya que la restricción al 10% del salario pagado a cada uno de los beneficiarios para poder admitir como bonificaciones deducibles estaba contenida en el artículo 13 del Decreto 1366 de 1967 y dicho decreto fue totalmente derogado por el Decreto legislativo 2053, artículo 143 de 1974.

“De suerte que la bonificación o gratificación deducible lo es en su totalidad ya que constituye una renta de trabajo a las que alude el

artículo 55, inciso 1º, del Decreto legislativo 2053 de 1974 (si bien no menciona expresamente las bonificaciones, gratificaciones y regalos).

“**El artículo 66** somete la realidad de la deducción por el pago de regalías en el uso de intangibles a una serie de condiciones distintas de las determinadas por la ley orgánica para cumplir con los requisitos propios de los pagos a terceros deducibles.

“El mismo artículo lo está diciendo en sus propias voces: exige una certificación de la entidad correspondiente sobre vigencia de la patente, marca o privilegio de que quiere usar pagando regalía y una copia autenticada del contrato entre el propietario del intangible y el usuario.

“Pero no se ve por qué un decreto reglamentario va a imponer nuevas condiciones a una deducción que el legislador ha otorgado simple y llanamente y que el contribuyente demuestra cumpliendo con los requisitos propios de las expensas necesarias para pagos a terceros.

“Este artículo es por sí mismo una denotación clara, expresa y confesada de que el reglamento ha ido más allá de la ley al exigir nuevas condiciones para que se otorgue una deducción. **El artículo 67** del Decreto reglamentario 187 de 1975 alude al artículo 18 del Decreto-ley 1900 de 1973 y lo incorpora a la norma superior que reglamenta, es decir, al Decreto legislativo 2053 de 1974 haciendo por tanto en esta norma superior un injerto no previsto en ella. En efecto el artículo 55 del Decreto legislativo 2053 de 1974 habla sólo de deducción por pago de regalías y qué condiciones ha de reunir la solicitud de esa deducción para que pueda ser admitida (las condiciones con que se admiten los pagos a terceros).

“Pero he aquí que el decreto reglamentario dice al contribuyente que debe reunir también las condiciones de que habla el artículo 18 del Decreto legislativo 1900 de 1973 que fue dictado en desarrollo de los acuerdos de Cartagena y como consecuencia del llamado Pacto Andino. Es decir que en un decreto reglamentario se quiere legislar para toda clase de regalías imponiendo las muy específicas que el Pacto Andino acordó para sus firmantes. No hay en este aspecto, nada que permita facultar al reglamento semejante transferencia de disposiciones de una ley particular a un reglamento con el pretexto de reglamentar una ley más general”.

“El Consejero conductor del proceso, que lo fue el doctor Juan Hernández Sáenz, en providencia de 20 de marzo de 1975, negó la suspensión provisional de las normas acusadas, medida que había sido igualmente impetrada en la demanda. El actor interpuso recurso de súplica contra tal decisión, recurso que impugnó el doctor Fabio Narváez Ocampo, a quien se reconoció como parte impugnadora dentro del juicio en representación del Ministerio de Hacienda. La Sala de Decisión desató el recurso mediante proveído de 17 de abril de 1975, del cual fue ponente el Consejero Miguel Lleras Pizarro, en el sentido de acceder a la suspensión provisional de los artículos 59 y 60 del Decreto 187 de 1975, y confirmar la decisión del Consejero sustanciador en todo lo demás.

“Durante el término de traslado a las partes para formular sus alegatos de conclusión, se recibió el extenso memorial presentado por la parte impugnadora que obra del folio 29 al folio 50 del expediente, en el cual se opone a las peticiones del actor, así como el escrito presentado por éste (fl. 58 y vto.) en el cual se limita, tras de transcribir su texto, a afirmar que el artículo 70 del Decreto 3247 no sustituye en su totalidad el artículo 134 del Decreto 2053, razón que fue invocada por la Sala de Decisión para no examinar el cargo de violación de esta última norma por parte del artículo 13 del decreto acusado.

“El señor Agente del Ministerio Público en cuidadoso estudio con-signado en su vista de fondo, conceptúa que deben denegarse las peticiones de la demanda por no encontrar que las normas acusadas sean violatorias de los preceptos legales invocados por el demandante.

#### Para resolver, se considera

“Tramitado el juicio en la forma legal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar el fallo correspondiente, previas las siguientes consideraciones.

“Para un mejor ordenamiento de este fallo, se analizarán en forma separada los cargos formulados contra cada una de las disposiciones del Decreto 187 de 1975 materia de la demanda, así como los distintos conceptos en torno a tales tachas expresados por los intervinientes, el Ministerio Público y el propio Consejo.

#### “I. Artículos 12 y 13

“En relación con el cargo formulado por el demandante consistente, en síntesis, en que estos textos prohíben a un extranjero no domiciliado en Colombia o a una sucesión ilíquida de un extranjero en igual condición, constituir apoderado en el país, cuando no está obligado a ello, dijo la Sala a tiempo de negar, la suspensión provisional impetrada, lo siguiente:

“Una lectura comparativa de los artículos 12 y 13 del Decreto 187 y los artículos 83 y 134 del Decreto-ley 2053, que no se transcriben ahora para no hacer demasiado extenso este proveído, no permite encontrar la existencia de un desconocimiento frontal de éstos por parte de aquéllos que impongan la necesidad de suspenderlos provisionalmente en defensa inmediata del orden jurídico institucional.

“Antes bien, en lugar de aparecer patente la supuesta prohibición de constituir apoderado voluntario para los extranjeros domiciliados fuera del país, aquella comparación permite ver que el inciso final del artículo 12, acusado, prevé la posibilidad del nombramiento de tales apoderados para fines simplemente tributarios.

“No hay lugar entonces a suspender los aludidos artículos 12 y 13, objeto de acusación”.

“Y en la providencia que despachó desfavorablemente el recurso de súplica, en este aspecto, la Sala de Decisión se pronunció así:

“1º Artículo 12 y 13.

“Se consideran violatorios de los artículos 83 y 134 del Decreto-ley 2053 de 1974.

“El demandante estima que el reglamento excede la necesidad de aclarar la norma reglamentada porque de su texto resulta que los extranjeros no obligados a constituir apoderado en el país están impedidos para tener tal apoderado voluntariamente. El Consejero conductor del proceso al comparar las normas considera que la interpretación contenida en la demanda, a primera vista, es excesiva. El representante del Ministerio de Hacienda se limita a afirmar que el reglamento tan sólo se propone facilitar el cumplimiento del precepto reglamentado.

“Según el artículo 83 del decreto-ley las personas extranjeras sin residencia en el país si no están obligadas a constituir apoderado y no lo tienen, tributan el 40% de la renta, cantidad que debe retener quien haga el pago o abono. Pero cuando designen apoderado la tarifa del impuesto es la común señalada en el artículo 82. Según el artículo 12 del Decreto 187 los apoderados de los extranjeros no residentes en el país deben cumplir con las condiciones previstas en el artículo 472 del Código de Comercio, tener residencia permanente en Colombia y facultad para responder por las obligaciones tributarias de su poderdante. Hasta este momento, no aparece violación flagrante ni contradicción manifiesta entre la norma del decreto-ley y la del decreto reglamentario. Al contrario, a primera vista parece que el decreto reglamentario adopta algunas precauciones obvias para impedir evasiones, pero no prohíbe la constitución de apoderados cuando tal constitución sea meramente voluntaria y no obligatoria. La obligatoria es la que establece el artículo 477 del Código de Comercio.

“En cuanto a que el artículo 13 demandado viole lo estatuido en el 134 del Decreto-ley 2053, ya no es pertinente examinarlo porque dicha norma del decreto-ley fue sustituida por el artículo 70 del Decreto legislativo 2247 de 1974’.

“En la oportunidad de decidir la Sala encuentra válidos los argumentos transcritos, a los cuales debe agregar y acoger el análisis hecho por el señor Agente del Ministerio Público que coincide, asimismo, con lo expuesto en su alegato de conclusión con la parte impugnadora, estudios en los cuales se prescinde del argumento consistente en la derogatoria del artículo 134 por el artículo 70 del Decreto legislativo 2247 de 1974, derogatoria que, como lo hace notar el demandante fue apenas parcial en cuanto esta última norma, así como el artículo 69, ibídem, sólo modifican el numeral 1º del citado artículo 134.

“Dice el señor Fiscal:

“1º Según el demandante, los artículos 12 y 13 del Decreto 187 de 1975 son contrarios a los artículos 83 y 134 del Decreto legislativo 2053 de 1974 porque mientras éstos gravan con un impuesto del 40% las rentas de personas o entidades extranjeras no residentes ni domiciliadas en Colombia, que no hubieren constituido apoderado en el país, las disposiciones del reglamento restringen la posibilidad de designar ese mandatario “haciendo creer que sólo pueden constituir apoderado en Colombia los que están obligados a hacerlo según el artículo 477 del Código de Comercio”.

“La simple comparación del artículo 12 del decreto reglamentario con los preceptos supuestamente infringidos demuestra que no existe la contrariedad señalada por el doctor Betancur. En efecto, según el artículo 83 del Decreto legislativo 2053 de 1974: “La tarifa única sobre la renta gravable de fuente nacional, de las personas naturales extranjeras sin residencia en el país y que no están obligadas a constituir un apoderado en éste, es del 40%. La misma tarifa se aplica a las sucesiones de causantes extranjeros sin residencia en el país. Cuando las personas naturales extranjeras sin residencia en el país designen en éste un apoderado, se les aplica la tarifa señalada en el artículo anterior”. Y de conformidad con el artículo 12 del reglamento: “La constitución de apoderados por personas naturales o extranjeras o sucesiones de causantes extranjeros sin residencia en el país, surte efectos para los fines previstos en el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974, cuando se trate de personas obligadas a constituirlo de conformidad con el artículo 477 del Código de Comercio y siempre que, además de reunirse las condiciones señaladas en el artículo 372 del mismo Código, el mandatario tenga residencia permanente en Colombia y se halle facultado para responder por las obligaciones tributarias de su poderdante. La existencia del poder deberá acreditarse junto con la respectiva declaración de renta y patrimonio. En todos los casos en que el contribuyente sin domicilio en el país constituya apoderado para fines tributarios, éste debe reunir las exigencias señaladas en el inciso 1º de este artículo”.

“Por último, en relación con las disposiciones acusadas que se analizan se tiene que el artículo 1º del Decreto 400 de 1975, citado por el señor representante del Ministerio de Hacienda, confirmó la interpretación que al principio esbozó el Consejo, y despejó toda duda al disponer:

“El inciso final del artículo 12 del Decreto 187 de 1975 quedará así: En todos los casos en que el contribuyente sin domicilio en el país, constituya apoderado para fines tributarios, éste, a más de reunir las exigencias señaladas en el inciso 1º del presente artículo, deberá estar facultado para recibir los pagos sujetos a retención”.

“Lo dicho basta para que los cargos formulados no prosperen”.

## II. Artículos 59 y 60

Las disposiciones impugnadas son del siguiente tenor:

“En los casos en que las sucursales, filiales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras tuvieren derecho a deducir de su renta bruta pagos hechos a sus casas principales o matrices en el exterior, no comprendidos dentro de las limitaciones del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros vivientes en el país, la deducción a que haya lugar no podrá exceder del 10% de la renta líquida computada antes de restarse tales gastos”.

“Son deducibles de la renta bruta las bonificaciones, gratificaciones, primas y regalos hechos por el contribuyente, a título de mera liberalidad, a sus trabajadores, incluidos los socios que tengan este carácter, en cuanto no excedan del 10% del salario pagado a cada uno durante el año”.

El demandante explica: "El artículo 59 determina que la deducción de la renta bruta que pueden hacer las sucursales, filiales o agencias de sociedades extranjeras por pagos hechos a sus casas principales en el exterior no pueden exceder del 10% de la renta líquida computada antes de restarse tales gastos.

"Es decir que una filial en Colombia de sociedad extranjera ve limitada su posibilidad de deducción de la renta bruta al 10%, cuando la norma fundamental no puso este límite por parte alguna.

"En efecto, el artículo 45 del Decreto legislativo 2053 de 1974, consagra como deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en desarrollo de cualquier actividad productora de renta, sin limitar al 10% ninguna de estas expensas.

"Y en cuanto a transferencias al exterior, el artículo 130 del mismo decreto legislativo crea un impuesto complementario de remesa pero que no tiene nada que ver con la reducción al 10% de que habla el artículo 59 del decreto reglamentario.

"El artículo 134 del mismo decreto orgánico ordena la retención en la fuente a todo abono o pago hecho a sociedades o entidades extranjeras, personas naturales o sucesiones ilíquidas de extranjeros sin domicilio en Colombia, cuando no tuvieren apoderado en el país.

"Y el inciso 4º del artículo 55 del mismo decreto orgánico dice textualmente así:

"Si el beneficiario de la renta fuere una persona natural extranjera o una sucesión de extranjero sin residencia en el país, o una sociedad u otra entidad extranjera sin domicilio en Colombia, la cantidad pagada o abonada en cuenta sólo es deducible si se acredita la consignación del impuesto retenido en la fuente en conformidad con el presente decreto".

"El artículo 60 introduce una nueva norma en las leyes que reglamenta ya que la restricción al 10% del salario pagado a cada uno de los beneficiarios para poder admitir como bonificaciones deducibles estaba contenida en el artículo 13 del Decreto 1366 de 1967 y dicho decreto fue totalmente derogado por el Decreto legislativo 2053, artículo 143 de 1974.

"De suerte que la bonificación o gratificación deducible lo es en su totalidad ya que constituye una renta de trabajo a las que alude el artículo 55, inciso 1º, del Decreto legislativo 2053 de 1974 (si bien no menciona expresamente las bonificaciones, gratificaciones y regalos)".

El impugnador después de reproducir doctrinas relativas a los límites de la potestad reglamentaria explica: "El ejecutivo en desarrollo de su función reglamentaria fijó con criterio comercial la proporcionalidad de estas expensas necesarias.

"La ley estableció que las expensas necesarias en cada actividad debían ser proporcionadas con el ingreso como un principio general, y a su vez fijó en forma taxativa los límites de proporcionalidad para algunas de las deducciones tales como las reparaciones locativas de la



propiedad inmueble, los intereses pagados, los impuestos efectivamente cancelados, las compensaciones por servicios personales, las pensiones de jubilación, etc., y para las demás dejó el régimen genérico de su proporcionalidad (se subraya).

“De lo anterior claramente se desprenden dos situaciones:

“a) Expensas necesarias limitadas en su cuantía para la detraición de la renta bruta, por la ley sustantiva, Decreto 2053 de 1974, en su artículo 45 y ss. y b) Expensas necesarias sobre las cuales debe aplicarse la potestad reglamentaria para su aceptación total o parcial.

“Entonces, el principio general consagrado en la ley (Art. 45), fue desarrollado parcialmente por la misma ley en los casos citados por vía de ejemplo, quedando un vacío respecto de los límites de la proporcionalidad de las demás expensas necesarias en cada una de las distintas actividades productoras de renta y que conlleven un enriquecimiento para el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Era necesario por parte del Gobierno, reglamentar todo aquello que en la legislación de emergencia económica **quedó sin regulación** para que las normas sustantivas tuvieran su plena ejecución y el ejercicio de la potestad reglamentaria en este caso constituía un deber, una obligación, antes que una simple facultad del ejecutivo (subraya la Sala).

“Bien puede el mismo Presidente de la República tomar otra actividad distinta a la anotada y fijar también con criterio comercial el límite de proporcionalidad de las expensas necesarias, distintas también de las ya enunciadas por la ley y no con ello está excediendo norma superior, ya que simplemente está desarrollando un principio general allí contenido.

“Precisamente, los artículos 59 y 60 del Decreto reglamentario 187 de 1975, fijaron esa proporcionalidad con criterio comercial, respecto de las deducciones de que ellos tratan.

“La proporción significa una correspondencia entre las cosas, en el caso cuestionado, la correspondencia entre el ingreso y el egreso; esa proporcionalidad la regula el criterio comercial; quien impugne la legalidad del establecimiento por el decreto reglamentario del porcentaje del 10% que fijan los artículos 59 y 60, debe demostrar que ese porcentaje carece de proporcionalidad, según el criterio comercial, y no simplemente atacar estos artículos porque establecen un porcentaje así fuese el 99%”.

El señor Agente del Ministerio Público después de erudita exposición acerca de los límites y de la capacidad que pueden tener los decretos reglamentarios concluye que al determinar límites numéricos a la proporcionalidad de algunas deducciones se hace posible concretar por la vía reglamentaria aquello que en la ley fue sólo una enunciación de criterios generales.

En sentencia del 9 de octubre de 1975 con ponencia del Consejero Bernardo Ortiz Amaya a propósito de límites establecidos por los artículos 57 y 58 del mismo Decreto 187, se dijo:

“Es indudable que el Decreto 2053 de 1974 derogó expresamente las disposiciones contenidas en la Ley 63 de 1967 y en el Decreto-ley

1366 del mismo año, la primera de las cuales en el artículo 7º estableció la proporcionalidad de las deducciones permitidas como expensas en las actividades generadoras de renta provenientes de la prestación de servicios.

“Igualmente es indudable que el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 fijó como criterio para determinar el monto de dichas expensas, el criterio comercial “teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes”. Cabe observar que el inciso 3º de ese artículo que le daba facultad al Director General de Impuestos para señalar las normas que orientan ese criterio, fue declarado inexecutable por la honorable Corte Suprema de Justicia en atención a que desplazaba la facultad reglamentaria y la autoridad impositiva de la ley en un funcionario de inferior categoría.

“Pero además las limitaciones a que se refiere el segundo inciso del artículo 45 están determinadas en los artículos 46 a 66, sin que en ninguno de ellos se determine límites al monto de dichas expensas, distintos del sano criterio comercial y su necesidad a que se refiere el mencionado inciso.

“No habiendo pues, establecido la ley limitaciones en la proporcionalidad de los gastos, mal puede establecerse rígidamente a través del reglamento, pues ello implica una determinación por encima de las prescripciones de orden legal ya establecidas.

“Si a esto se agrega que esas limitaciones rígidas establecidas por la Ley 63 de 1967 fueron expresamente derogadas por el mismo Decreto 2053 de 1974, no es posible jurídicamente tratar de revivir el sistema por medio del reglamento, pues además de contrariar el criterio general de la ley ella no autoriza al ejecutivo para hacerlo.

“En el auto de 7 de mayo de 1975 por medio del cual la Sección Cuarta confirmó, con ponencia del doctor Gustavo Salazar Tapiero, la suspensión provisional de la norma decretada por el sustanciador se dijo:

“En forma constante y desde hace muchos años el Consejo de Estado viene sosteniendo que la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios “para la cumplida ejecución de las leyes” y no puede, por lo tanto, el Jefe de Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni aplicar ni restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas de las establecidas en la ley, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere.

“Confrontada la norma del artículo 45 del Decreto legislativo 2053 de 1974 con la 56 del reglamento, resulta a primera vista que en aquella no se establece ninguna excepción al principio general de que son deducibles de la renta las expensas realizadas durante el año gravable “siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad”, y como en el reglamento se establecen unos porcentajes

fijos de deducciones respecto de las rentas provenientes, de la prestación de servicios personales independientes, resulta que el Gobierno sí excedió la potestad reglamentaria, ya que restringió el alcance de la norma respecto de determinados contribuyentes”.

“Y días antes por demanda casi simultánea formulada por otro ciudadano contra la misma norma acusada, el Consejero Miguel Lleras Pizarro en auto del 3 de abril de 1975 dijo:

“El artículo 56 del Decreto 187, cuya nulidad se pide es reproducción del artículo 7º de la Ley 63 de 1967 y del artículo 28 del Decreto 154 de 1968. El artículo 143 del Decreto-ley 2053 de 1974 en el que se señalan las normas anteriores expresamente derogadas, incluye la Ley 63 de 1967. Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia pero sólo en cuanto por ella se derogaban los artículos 11 y 12 de la Ley 6ª de 1973 y las disposiciones que habían sido sustituidas por las normas que ese fallo declara inexecutable. Los artículos mencionados de la ley de 1973 concedían ciertas ventajas tributarias a los pilotos de naves aéreas. La norma legal vigente es la del artículo 45 del Decreto-ley 2053 de 1974 que señala el principio general que sistemas legales anteriores consignaban en términos idénticos, según el cual son deducibles las expensas necesarias para la producción de la renta en cuanto sean proporcionadas de acuerdo con cada actividad y según el criterio comercial que resulta de la costumbre. Se agrega que hay limitaciones expresas que son las de los artículos 46, 47 y siguientes, ninguna de las cuales hace catálogo especial sobre las deducciones aceptables por prestación de servicios personales independientes, como lo hacía el ya citado artículo 7º de la derogada Ley 63 de 1967 y del 28 del Decreto reglamentario 154 de 1968 en todo tiempo considerado con exclusiva referencia a la misma ley y a su decreto-ley antecedente, número 1366 del mismo año de 1967.

“Según piensa el Consejero conductor de este proceso es violatorio de los límites naturales de la potestad reglamentaria reproducir por esta vía, la reglamentaria, normas legales expresamente derogadas por estatuto de jerarquía legal”.

La misma doctrina patrocinó esta Sala a propósito de materia similar en la sentencia de 23 de abril de 1976. Por tanto habrá de accederse a la nulidad impetrada.

### III. Artículos 66, 67 y 68

Estas disposiciones se limitan a establecer algunos requisitos para efecto del reconocimiento de deducciones por pagos de regalías causadas por los conceptos allí expresados y para deducir su conformidad con el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 que se invoca por el demandante como quebrantado, basta con acoger lo dicho por la Sala de Decisión en su auto de 17 de abril de 1975, oportunidad en la cual expresó:

“El artículo 66 del decreto reglamentario exige la prueba de la existencia de la obligación de pagar regalías por la explotación de marcas, patentes, privilegios u otros intangibles. Tal prueba la hace consistir en el certificado sobre el registro de los intangibles y en copia autenticada del contrato en donde conste la obligación.

“No parece contradictorio y al contrario, en opinión de la Sala es coherente con la norma sustancial tal exigencia para el reconocimiento de la deducción.

“Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de los artículos 67 y 68. Es aparentemente elemental que al solicitar que se reconozcan las deducciones se aporten las pruebas en las que conste la obligación del pago y que éste efectivamente se hizo. Por eso el artículo 68 reclama la copia de los asientos de contabilidad que demuestren la veracidad de la afirmación sobre pago”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

1º Son nulos los artículos cincuenta y nueve (59) y sesenta (60) del Decreto reglamentario número ciento ochenta y siete (187) de mil novecientos setenta y cinco (1975) del Gobierno Nacional.

2º No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha dieciocho de junio de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández, con salvamento de voto; Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## SALVAMENTO DE VOTO

**Del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández.**

Con el acostumbrado respeto por la tesis mayoritaria de la Sección, salvo parcialmente mi voto en relación con el fallo anterior en cuanto declara la nulidad de los artículos 59 y 60 del Decreto reglamentario número 187 de 1975.

Las razones de mi disentimiento, son las mismas que consigné en el proyecto de fallo que presenté a consideración de la Sección, las cuales fueron desechadas por mayoría, a saber:

### **Artículos 59 y 60 del Decreto 187 de 1975**

El cargo se hace consistir en que estas disposiciones establecen limitaciones no previstas en los artículos 45 y 55 del Decreto de emergencia 2053 de 1974 en materia de deducciones.

La parte impugnadora, en su alegato de conclusión, se expresa en relación con este punto, en la forma que sigue:

“El artículo 59 del Decreto reglamentario 187 de 1975 fijó los límites de proporcionalidad en cuanto a los pagos hechos a sus casas principales o matrices en el exterior, no comprendidos dentro de las limitaciones del “régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros”, por sucursales, filiales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras.

“El artículo 60 del Decreto reglamentario 187 de 1975 fijó los límites de proporcionalidad de las deducciones por concepto de bonificaciones, gratificaciones, primas voluntarias y regalos.

“El ejercicio de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la norma transcrita corresponde constitucionalmente al Presidente de la República, para regular todo aquello que el cuerpo legislativo dejó sin una reglamentación concreta debido a su carácter general y fijando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene asegurando así la ejecución de la ley reglamentada. A este respecto el honorable Consejo de Estado, en innumerables sentencias ha expresado su criterio en relación con este tema, y especialmente en la del 17 de octubre de 1950, cuando dijo que la potestad reglamentaria se dio al ejecutivo para “Llenar los vacíos y detalles que no previó la ley que sea necesario dictar a fin de que el estatuto tenga eficacia en la práctica, es la razón de ser de la potestad reglamentaria del Presidente de la República pues sin ella se expondrían las leyes a tornarse inoperantes, o a no tener cum-

plida ejecución, ya que el legislador no expide sino las normas generales, quedándole al ejecutor de aquéllas, el Gobierno, la tarea de poner en función de actuar los mandatos legales, ciñéndose al espíritu de éstos, pero dictando cuantas disposiciones sean precisas para darle a la ley desarrollo cumplido”, y agrega en sentencia del 19 de febrero de 1962: “En ejercicio del poder reglamentario, el ejecutivo no puede dictar una disposición que viola la ley, no sólo la que se pretende reglamentar, sino una cualquiera.

**“La función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso”** (se subraya). Citado por Jorge Ortega Torres en el Código Contencioso Administrativo, Págs. 77 y ss. Editorial Temis Bogotá 1974.

“El ejecutivo en desarrollo de su función reglamentaria fijó con criterio comercial la proporcionalidad de estas expensas necesarias.

“La ley estableció que las expensas necesarias en cada actividad debían ser proporcionadas con el ingreso como un principio general, y a su vez fijó en forma taxativa los límites de proporcionalidad **para algunas de las deducciones** tales como las reparaciones locativas de la propiedad del inmueble, los intereses pagados, los impuestos efectivamente cancelados, las compensaciones por servicios personales, las pensiones de jubilación, etc., y para las demás dejó el régimen genérico de su proporcionalidad (se subraya).

“De lo anterior claramente se desprenden dos situaciones: a) **Expensas necesarias limitadas en su cuantía para la detracción de la renta bruta**, por la ley sustancial, Decreto 2053 de 1974 en su artículo 45 y ss. y b) **Expensas necesarias sobre las cuales debe aplicarse la potestad reglamentaria para su aceptación total o parcial.**

“Entonces, el principio general consagrado en la ley (Art. 45), fue desarrollado parcialmente por la misma ley en los casos citados por vía de ejemplo, quedando un vacío respecto de los límites de la proporcionalidad de las demás expensas necesarias en cada una de las distintas actividades productoras de renta y que conllevan un enriquecimiento para el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Era necesario por parte del Gobierno, reglamentar todo aquello que en la legislación de emergencia económica quedó sin regulación para que las normas sustantivas tuvieran su plena ejecución y el ejercicio de la potestad reglamentaria en este caso constituía un deber, una obligación, antes que una simple facultad del ejecutivo.

“Precisamente, los artículos 59 y 60 del Decreto reglamentario 187 de 1975, fijaron esa proporcionalidad con criterio comercial, respecto de las deducciones de que ellos tratan.

“La proporción significa una correspondencia entre las cosas, en el caso cuestionado, la correspondencia entre el ingreso y el egreso; esa proporcionalidad la regula el criterio comercial, quien impugne la legalidad del establecimiento por el decreto reglamen-

tario del porcentaje del 10% que fijan los artículos 59 y 60, debe demostrar que ese porcentaje carece de proporcionalidad, según el criterio comercial, y no simplemente atacar estos artículos porque establecen un porcentaje así fuese de el 99%".

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público al hacer el análisis del cargo en cuanto al artículo 59 se refiere, análisis que estima aplicable a los artículos 60, 66, 67 y 68, se expresa así:

"2º De acuerdo con la demanda, el artículo 59 del decreto reglamentario viola lo previsto en los artículos 45 y 55 del Decreto legislativo 2053 porque limita la deducción de la renta bruta al 10%, "cuando la norma fundamental no puso este límite por parte alguna". Veamos:

"A. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, "ejercer la potestad reglamentaria expediendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". (Constitución, artículo 120, numeral 3º).

"Lo esencial de la norma constitucional es, sin duda, la finalidad propuesta al otorgar el poder reglamentario, esto es, lograr que las leyes produzcan la plenitud de sus efectos, expresos o implícitos en ellas. De esto se desprende que las leyes, en su contenido, determinan el radio de acción presidencial y que es indispensable una labor previa de interpretación científica para aprehender el verdadero sentido y alcance de las mismas con el fin de establecer la necesidad del reglamento y no ampliar, ni restringir y menos contrariar la voluntad del legislador. Por eso, con razón, ha dicho el Consejo, "el reglamento nunca puede ser sustitutivo de la ley aunque en algunos casos pueda ser supletorio... El reglamento es, como 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".

"B. Según doctrina constitucional que nuestra Corte Suprema acogió desde hace varios años, en un Estado de derecho, todas las leyes, sean formales o materiales, cumplen los fines y desarrollan los principios virtualmente enunciados por la Carta, a los cuales no se pueden oponer, y desde este punto de vista toda legislación es un reglamento legal de la Constitución.

"Pero existen reglamentos legales especiales, dispuestos por la misma Constitución mediante las expresiones "la ley reglamentará", "la ley organizará", "la ley determinará", que pueden ser de dos clases: a) El reglamento necesario, sin el cual, a pesar de entrar en vigencia no puede alcanzar viabilidad jurídica sin obrar prácticamente la norma constitucional reglamentable. Ello ocurre en virtud de diversas causas y razones que surgen del propio texto (causas técnicas, disposiciones de complemento, condiciones modales, formas esenciales, circunstancias de tiempo, etc.); b) El reglamento contingente, sin el cual puede obrar prácticamente la norma reglamentable, en razón de que ésta

constituye una proposición jurídica completa; se está entonces en presencia de textos cuya realización jurídica obra de plano o **per vindicationem**, sin que para su operancia práctica sea menester esperar la expedición del reglamento legal" (G. J., tomo 93, Págs. 622 a 624).

"Esa doctrina es aplicable en materia de reglamentación de leyes. Los decretos correspondientes deben cumplir los fines y desarrollar los principios contenidos en las leyes y a ellos no se pueden oponer.

"Existen también reglamentos especiales, ordenados por las mismas leyes, con fórmulas parecidas a las utilizadas por el contribuyente, (sic) tales como "el Gobierno Nacional reglamentará esta disposición", "al reglamentar la presente ley, el Gobierno adoptará las medidas", "los costos se determinarán de acuerdo con las prescripciones de esta ley y de los reglamentos que dicte el Gobierno Nacional", etc. Y asimismo, los decretos reglamentarios pueden ser **necesarios**, cuando sin ellos no puede lograr viabilidad jurídica la norma legal por diversos motivos y razones, y **contingentes**, cuando sin ellos puede cumplir la disposición reglamentable su cometido por constituir una proposición jurídica completa.

"Es indudable que los reglamentos especiales necesarios pueden abarcar un campo más amplio, pero, claro está, sin pugnar con los principios generales contenidos en las normas legales.

"C. El Decreto legislativo 2053 de 1974, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República en el artículo 122 de la Constitución y en desarrollo del decreto que declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional, dispuso en su artículo 45:

"'Artículo 45. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

"'La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.

"'El Director General de Impuestos Nacionales, mediante disposiciones de carácter general, señalará normas precisas que orienten el criterio de los funcionarios, en orden a la determinación de la necesidad y proporcionalidad de ciertos gastos".

"La Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 122 de la Carta, revisó por su aspecto constitucional el texto transcrito y declaró inexecutable el último inciso, previas las siguientes motivaciones:

"Los impugnadores afirman que esta norma infringe los artículos 120-3, 135 y el propio 122 de la Carta porque al autorizar al funcionario citado para dictar disposiciones de carácter general



sobre la necesidad y proporcionalidad de ciertos gastos, para ser deducidos de la renta, desplaza la potestad reglamentaria y la autoridad impositiva de la ley a dicho funcionario, quien, en su última, y por este medio, es quien viene a señalar el monto de los gravámenes.

“Las bases de un impuesto debe fijarlas la ley, bien sea directamente por el Congreso o por el Gobierno investido de facultades extraordinarias, o en casos de emergencia económica por el mismo Gobierno en decretos especiales, o mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria para procurar la cumplida ejecución de un texto legal sobre la materia. Tales bases deben comprender todos los elementos para la liquidación y fijación del impuesto incluyendo las materias y cantidades objeto de deducciones, para que el contribuyente sepa con certeza cuál es el impuesto que debe pagar. El precepto acusado desplaza esta función al Director General de Impuestos, respecto de gastos no especificados, con evidente quebrantamiento de las reglas y oportunidades autorizadas por la Carta y que se han señalado, sometiendo de este modo a los contribuyentes a la discrecionalidad y arbitrariedad de la administración. No se trata de una función simplemente interpretativa de la ley, lo que podría ser conveniente, sino de crear preceptos, lo que resulta contrario a los artículos atrás señalados y a los números, 2, 76, 43 y 55 de la Carta, y por lo mismo inconstitucional. El precepto resulta, pues, inexecutable y así habrá de declararse”.

“El Presidente de la República no podía, ciertamente, ni tampoco el legislador ordinario hubiera podido, autorizar al Director General de Impuestos Nacionales para expedir la reglamentación referente a expensas deducibles en cualquier actividad productora de renta y determinar su necesidad y proporcionalidad, pero sí podía crear la regla general y disponer —como lo hizo— que las condiciones abstractas enunciadas se precisaran posteriormente con criterio comercial, teniendo en cuenta lo acostumbrado en cada actividad y las limitaciones establecidas en el decreto con fuerza de ley. De manera que eliminada, por inconstitucional, la disposición que pretendió trasladar la competencia, quedó vigente el resto del artículo que impuso el reglamento especial, necesario para dar plena efectividad a la norma expedida.

“D. El Presidente de la República, autor de la proposición jurídica como legislador de emergencia, la reglamentó después como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa y para ello tuvo en cuenta las pautas señaladas de modo expreso en el ordenamiento legal.

“En el artículo 59, incluido dentro de las disposiciones sobre **proporcionalidad de algunas deducciones** estableció: “En los casos en que las sucursales, filiales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras tuvieren derecho a deducir de su renta bruta los pagos hechos a sus casas principales o matrices en el exterior, no comprendidos dentro de las limitaciones del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros vigentes en el país, la deducción a que haya lugar no podrá exceder del diez por ciento (10%) de la renta líquida computada antes de restarse tales gastos”.

“Por lo expuesto, consideramos que la disposición no está viciada de nulidad”.

El suscrito comparte el criterio del Fiscal colaborador, que es expresión del adoptado por el Consejo de Estado en sentencias de 10 de octubre de 1962 y 28 de septiembre de 1963, en las cuales se precisó el alcance del concepto de “necesidad” del reglamento para la cumplida ejecución de las leyes, que fue consagrado por el constituyente en el artículo 120-3 como delimitación de la potestad reglamentaria. En la primera de las sentencias citadas, dijo el Consejo:

“La función administrativa es, en esencia, la acción del Estado dirigida a la ejecución del derecho creado en la Constitución y en los ordenamientos inferiores, y la actividad reglamentaria es el ejercicio de aquella función, en cuanto desarrolla, da vida práctica y pone en movimiento ese derecho. Entre una y otra existe una estrecha relación de causalidad, como que la segunda es la consecuencia forzosa e ineludible de la primera en todos los casos en que las normas requieren un desenvolvimiento para su adecuada aplicación. Es esa la razón para que la doctrina nacional dominante, siguiendo el pensamiento jurídico universal, haya considerado que el órgano administrativo, aun a falta de texto que lo autorice, tiene por derecho propio el poder reglamentario.

“Estos principios básicos orientaron la Carta política de 1886, y cobraron mayor relieve en las enmiendas constitucionales de 1936 y 1945. Se acentuó de esa manera la potestad reglamentaria del Gobierno y tomó expansión en la medida en que el trabajo legislativo se iba tornando más complicado y en que los problemas nacionales iban adquiriendo mayor entidad. El desarrollo económico y social del país en los últimos tiempos; la magnitud y complejidad de los asuntos que ha de resolver el Estado para efectos del cumplimiento de sus fines; la circunstancia de que el Congreso, en razón de la índole de su funcionamiento, no disponga de los organismos técnicos indispensables para el adecuado estudio de ciertos asuntos, ni para atender con prontitud y eficacia determinadas urgencias nacionales; y el hecho de que la rama administrativa disponga de una información más completa de los problemas, del personal especializado en cada actividad, y de las posibilidades de actuar con mayor eficiencia y rapidez, son factores que han determinado la vigorización y robustecimiento de la función reglamentaria.

“Esa transformación se ha operado en la Constitución Nacional y en las leyes, no obstante que los propios textos del 86 abren un ancho campo a la actividad reglamentaria, como que en ello se consagra la moderna concepción del reglamento autónomo, y a pesar de que en las enmiendas constitucionales del 36 y del 45 se amplió y vigorizó notablemente esa función administrativa, la doctrina y la jurisprudencia nacionales no han desenvuelto en su plenitud las ideas básicas del antiguo estatuto, ni han valorado la transformación jurídica operada en esas reformas. De allí que haya cierto paralelismo entre el derecho positivo y la jurisprudencia, a pesar de que entre el primero y la segunda debe existir absoluta identidad”.

En relación con la necesidad de la reglamentación agrega la sentencia en cita:

“b) La necesidad de la reglamentación.

“Los límites de poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado. Si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar, y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles. Es esta la interpretación del artículo 120, numeral 3º, de la Carta que dice:

“Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”.

“La Sala, al estudiar la norma transgresa (auto de 17 de febrero de 1962, dictado en la demanda de Jorge Enrique Sánchez y con la ponencia del mismo Consejero que redacta la presente), dijo que en ella se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la administración en estas materias:

“Si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de la materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales”.

“Si de acuerdo con el artículo 120, numeral 3º de la Carta, corresponde al Presidente de la República dictar los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes: si por razón de las modalidades singulares que tienen las actividades económicas no puede el legislador estatuir sobre ellas en toda la extensión en que fuera deseable; si las conveniencias generales y el interés público, lo mismo que la Constitución y la ley, imponen al Gobierno la obligación ineludible de aplicar el mandato del Congreso y de realizarlo en su plenitud, el Presidente de la República ha de disponer de los instrumentos jurídicos indispensables para ejecutar el ordenamiento en su totalidad. Y como la única manera de cumplir el mandamiento constitucional y legal es dictando los reglamentos correspondientes, la administración pública podrá expedirlos en ejercicio de sus funciones ordinarias de aplicación de la ley. En estos casos, no se trata de una facultad que se le otorgue al ejecutivo, sino de una obligación que se impone, de un deber que se señala, de un mandato que se le da”.

Los anteriores criterios son en un todo aplicables al caso sub judice, como se verá a continuación.

El artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 establece, excluido su inciso 3º que fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“Artículo 45. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de **cualquier actividad productora de renta**, siempre que **sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad**.

“La necesidad y **proporcionalidad** de las expensas **debe determinarse** con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas **en cada actividad** y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes” (se subraya).

Como se advierte, el actual estatuto tributario, a más de la “necesidad” del gasto, introdujo un nuevo elemento para efecto de hacerlo deducible, cual es el de su “proporcionalidad” y señaló que una y otra deben determinarse con criterio comercial, aspecto éste, igualmente nuevo dentro de la reforma, en la cual se conservó además, el criterio de que la expensa sea “normalmente acostumbrada”, según la actividad de que se trate.

El precepto en comento requiere, para su “exacto cumplimiento” o “cumplida ejecución” (artículo 120-2 y 3º de la Carta) de una norma reglamentaria que desarrolle el nuevo criterio de “proporcionalidad” introducido por el legislador extraordinario en materia de deducciones, pues, de otra manera la norma resultaría inocua por este aspecto, sin efecto alguno, a pesar de que la Corte declaró su exequibilidad y, por ende, de obligatoria observancia. Tan ello es así que la ausencia de reglamentación conduce a una incontrolable discrecionalidad de los liquidadores de impuestos que fácilmente se traduce en el régimen de la arbitrariedad con mengua del principio de igualdad ante la ley propia de todo Estado de derecho. En tales condiciones, el relamento acusado es “necesario para que la ley se ejecute debidamente” y por lo mismo resulta ajustado al criterio consagrado por el constituyente en el artículo 120-3 de acuerdo con la jurisprudencia de que se ha hecho mérito.

En conclusión, como las normas acusadas **son necesarias** para la cumplida, recta y general ejecución de la ley, el cargo no ha debido prosperar.

Fecha ut supra.

*Jorge Dávila Hernández.*



## DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.**— Deducción anual por reparaciones locativas (artículo 46, Decreto 2053 de 1974). Tratamiento de las llamadas reparaciones locativas, a partir de la Ley 81 de 1960, para efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta. Se declara la nulidad de la circular número 010 de 1975, del Director General de Impuestos Nacionales.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciocho de junio de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente número 3189. Actor Ignacio Durán Bravo.

El Director General de Impuestos Nacionales expidió la circular número 010 de 1975 en la que después de hacer referencia a las normas de los artículos 653, 654 y 656 del Código Civil, que tratan de las varias clases de bienes y de lo que debe entenderse por reparaciones locativas, entra a dar una interpretación del sentido y alcance del artículo 46 del Decreto legislativo 2053 de 1974, así:

“Cuando el artículo 46 del Decreto 2053 de 1974 trata de reparaciones locativas de la propiedad inmueble, está hablando de aquellos inmuebles que pueden ser objeto de tales reparaciones: los edificios, por consiguiente, la base para calcularlas, será el avalúo catastral o el costo del edificio, de las construcciones susceptibles de reparación locativa.

“Por otra parte no sobra aclarar que la renta líquida ordinaria está construida por la renta bruta menos las deducciones que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta, estrictamente señaladas en el capítulo III del Decreto 2053 de 1974.

“De tal manera que las deducciones de este capítulo únicamente afectan la renta bruta determinada en el capítulo II del decreto; obtenida la renta líquida ordinaria, se agregan a ella las rentas líquidas especiales, sujetas a reglas de igual índole y que en todo caso no son susceptibles de afectación por las deducciones del capítulo III.

“En este orden de ideas, las reparaciones locativas de que trata el artículo 46 mencionado, solamente son aquellas que tengan relación de causalidad con la renta bruta de que trata el capítulo II mas en ninguna forma, con la renta líquida especial (renta de goce) del artículo 70 ibídem. Por lo tanto las casas y apartamentos de habitación o casas campestres de recreo no generan para el contribuyente derecho de deducción por reparaciones locativas”.

El ciudadano y doctor en derecho Ignacio Durán Bravo demandó del Consejo de Estado la declaración de nulidad de la referida circular, por considerarla violatoria de las normas de los artículos 120, numeral 3º de la Constitución Nacional, 5º de la Ley 153 de 1887 y 32 del Código Civil. El concepto de la violación lo expresa de la siguiente manera:

“1. Estimo que el acto acusado es, en primer término, violatorio del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, que reserva al Presidente de la República la potestad reglamentaria mediante la expedición de las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para ese fin.

“El Director General de Impuestos Nacionales, cuando expidió la circular que se acusa, se atribuyó funciones que no le competen y por tanto ese acto suyo, no puede tener efectos legales. Dicho funcionario no puede interpretar la ley bajo el pretexto de impartir órdenes de carácter interno, que van a ser aplicadas como normas de carácter general a los contribuyentes, con perjuicio de los derechos que a favor de ellos consagra la misma ley que así se pretende reglamentar.

“2. Aun cuando en gracia de discusión, se aceptara que el Director General de Impuestos Nacionales, tiene facultad para interpretar la ley, mediante expedición de circulares de carácter interno, la circular que se acusa, al disponer que el artículo 46 del Decreto 2053 de 1974, no es aplicable cuando de rentas de goce se trate, viola las normas legales que establecen la forma de interpretación de la ley y en especial los artículos 5º de la Ley 153 de 1887 y 32 del Código Civil por cuanto:

“a) Hay una norma especial que regula las deducciones por reparaciones locativas: el artículo 46 del Decreto 2053 de 1974 que establece que ‘se presume que la deducción anual por reparaciones locativas de la propiedad inmueble es del uno por ciento (1%) del avalúo catastral del inmueble o de su costo, si éste fuere superior’.

“‘El reconocimiento de esta deducción no requiere cumplimiento de requisito alguno’. Esta norma no hace distinción entre que el inmueble produzca renta real o renta de goce; por el contrario, dispone que ‘el reconocimiento de esta deducción no requiere cumplimiento de requisito alguno’.

“Por tanto para reconocer la deducción no se puede exigir como requisito el que produzca una renta distinta de la de goce, o el que se acredite en forma alguna el costo de las reparaciones hasta concurrencia del uno por ciento (1%) del avalúo o costo.

Es un derecho que se concede a todos los contribuyentes que sean propietarios de inmuebles susceptibles de requerir reparaciones locativas, sin distingos, automáticamente hasta ese límite y mediante demostración en el exceso. De aquí que la circular acusada viola manifiestamente el artículo 46 arriba citado por cuanto limita arbitrariamente su aplicación”.

En el auto admisorio de la demanda de fecha 16 de abril de 1975 se dispuso suspender provisionalmente los efectos del acto acusado con fundamento en la siguiente consideración:

“Cuando la ley está concebida con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador; no se debe desatender su tenor literal a pretexto de penetrar en su espíritu, dice el artículo 27 del Código Civil.

“Además, es regla de interpretación que viene del derecho romano que donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir (**ubi lex non distinguet, nee nos distinguere debemus**).

“Aplicando las anteriores reglas elementales a la norma del artículo 46 del Decreto legislativo número 2053 de 1974, aparece que puesto que ella establece en forma clara que los contribuyentes tienen derecho a una deducción de su renta líquida del uno por ciento (1%) del avalúo catastral o del costo de toda propiedad inmueble por reparaciones locativas y que para que la deducción proceda no se requiere cumplimiento de requisito alguno, resulta contraria y manifiestamente violatoria de ella por indebida interpretación, la instrucción que da el Director General de Impuestos Nacionales al ordenar en la circular que la deducción no se aplique a casas y apartamentos de habitación o casas campestres de recreo, ya que la ley no hace distinción de ninguna clase”.

Contra la providencia que así lo resolvió interpuso recurso de súplica el doctor Héctor Raúl Corchuelo Navarrete, en su carácter de parte impugnadora de la acción, por las razones que él mismo resume así:

“a) La renta de goce es una renta líquida especial contenida en el artículo 70 del Decreto 2053, capítulo IV;

“b) Para obtener el cuántum de esta renta líquida especial se deben aplicar las reglas contenidas en el artículo 70 y sólo ellas;

“c) Las reparaciones locativas constituyen una deducción contenida en el artículo 46, capítulo III, deducción que por mandato expreso y por demás claro del artículo 44 sólo afecta la renta bruta del capítulo II;

“d) El intérprete no puede por analogía o por cualquier otro tipo de interpretación cambiar los elementos de hecho que generan la obligación tributaria. Si la norma positiva de derecho quiso que la renta líquida especial de goce se obtuviera aplicando las normas del artículo 70 y sólo ellas, no puede el intérprete afectar esta base con un rubro que está previsto únicamente para reducir la renta **bruta**. Seguramente por esto el legislador previó que, para

la obtención de la renta de goce, los primeros \$ 300.000.00 de cada casa o apartamento no se tendrían como base”.

La Sala de Decisión confirmó el auto suplicado en providencia de 16 de mayo de 1975, con fundamento en el siguiente raciocinio:

“El artículo 46 del Decreto-ley 2053 establece una presunción que, según la amplitud de su texto abarca a toda la propiedad inmueble, en cuanto a que la deducción por reparaciones locativas es el equivalente al 1% del costo o del avalúo catastral respectivos, sin que haya lugar a demostración alguna de dicha deducción para merecer su reconocimiento y sin que se distinga en cuanto a la operancia de la deducción entre la renta derivada del bien raíz como fruto natural o civil de éste y la renta de disfrute que supuestamente obtiene para meros efectos de tributación el dueño de la heredad por el hecho de habitarla o disfrutarla personalmente.

“Bien es cierto que lo relativo a la llamada renta de disfrute o goce figura dentro del capítulo denominado ‘rentas líquidas especiales’ que comprende los artículos 67 a 70 del Decreto 2053. Pero también lo es que sólo el artículo 67 califica expresamente como rentas líquidas las derivadas de la recuperación de deducciones reconocidas al contribuyente en años anteriores y de la distribución de reservas para protección o recuperación de activos, para fomento y capitalización económicos o la destinación de tales reservas a fines diferentes de éstos.

“Los demás preceptos de ese capítulo sólo contienen reglas destinadas a calcular la renta en casos especiales, como la de quienes prestan servicios independientes y la llamada renta de goce de bienes inmuebles.

“Y como, en lo que atañe a la renta de goce, el artículo 70 apenas da las reglas para determinar su cuantía y no restringe expresamente la posibilidad de que sobre ella se reconozcan deducciones, ni tampoco lo hace de manera implícita, pues no la ha llamado ‘renta líquida de goce’, fluye sin dificultad ninguna que respecto de tal renta es predicable la presunción establecida por el aludido artículo 46 en cuanto a que la deducción por reparaciones locativas de la propiedad inmueble se presume equivalente al 1% de su costo o de su avalúo catastral.

“Al no haberlo reconocido así la circular acusada, es evidente que desconoce el tenor literal del dicho artículo 46, como lo dijo el auto recurrido para fundamentar la suspensión provisional que decretó contra ella y que, por ende, debe mantenerse firme en su integridad”.

Al doctor Cayetano Betancur se le tuvo como parte coadyuvante de la acción.

El Fiscal 3º de la corporación en la vista de fondo conceptúa que está de acuerdo con las apreciaciones expuestas en los autos de 23 de abril y 16 de mayo de 1975, y agrega:

“En verdad, si la renta líquida está constituida por la bruta, menos las deducciones que tengan relación de causalidad con las



actividades productoras de renta; si la habitación de casas campestres de recreo da lugar a la estimación de renta de goce, y si 'se presume que la deducción anual por reparaciones locativas de la propiedad inmueble es del uno por ciento (1%) del avalúo catastral del inmueble o de su costo, si éste fuere superior' y 'el reconocimiento de esta deducción no requiere cumplimiento de requisito alguno', no es aceptable la interpretación que la circular acusada contiene sobre el artículo 46 del Decreto 2053 de 1974 pues desconoce su tenor literal claro a pretexto de consultar su espíritu".

En firme el auto de citación para sentencia procede la Sala a resolver la cuestión planteada.

A partir de la Ley 81 de 1960 las llamadas **reparaciones locativas** han tenido el siguiente tratamiento para efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta:

El Decreto-ley 437 de 1961, reglamentario de aquélla, dice que se entiende por reparaciones locativas "las que tienen por objeto mantener un bien en estado de buen funcionamiento, como la reparación de pisos, puertas, paredes, cercas, albañales, vidrios, enlucimiento y en general toda refacción de las cosas que se deterioran con el uso normal, por contraposición a las de carácter permanente que tienden a aumentar el valor de la propiedad o a prolongar notablemente su duración, las cuales constituyen inversiones".

El referido decreto prescribe que esas reparaciones son deducibles de la renta bruta si tienen relación con ésta, siendo indispensable que el contribuyente las relacione en la declaración de renta, indicando con toda claridad la clase o naturaleza de las obras realizadas y el valor a que ascienden (artículos 101 y 102).

El Decreto-ley número 1366 de 1967, dictado en uso de las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 28 de 1967, limitó la deducción de los pagos por reparaciones locativas de la propiedad inmueble "al 10% de la renta de goce o de la suma que el contribuyente declare proveniente de arrendamientos" (artículo 10).

La Ley 63 de 1967, en el capítulo de las deducciones, establece que "son deducibles los gastos en reparaciones locativas de la propiedad inmueble". Y agrega que el valor de la deducción por este concepto no podrá exceder del diez por ciento (10%) del total de la renta de goce y la proveniente de arrendamiento (artículo 5º). El decreto reglamentario de la anterior norma impuso el cumplimiento de los requisitos sobre pagos a terceros para aceptar la deducción (artículo 23, Decreto 154 de 1968).

Por último, el Decreto legislativo número 2053 de 1974, reorgánico del impuesto sobre la renta, en el capítulo III que trata de la renta líquida, dice: "Deducciones. Artículo 46. Reparaciones locativas de la propiedad inmueble. Se presume que la deducción anual por reparaciones locativas de la propiedad inmueble es del uno por ciento del avalúo catastral del inmueble o de su costo, si éste fuere superior. El reconocimiento de esta deducción no requiere cumplimiento de requisito alguno".

Bien claro resulta de la anterior relación que a partir de 1960 el legislador ha prescrito que los gastos por reparaciones locativas de la propiedad inmueble son deducibles de la renta bruta del contribuyente para obtener su renta líquida, sin hacer la distinción entre casas o apartamentos habitados por el contribuyente o dedicadas a obtener renta en virtud de contratos de arrendamiento o de cualquiera otra clase.

El Gobierno, en ejercicio de las facultades extraordinarias de la emergencia económica, dispuso sobre el punto en referencia una norma simple, clara y sencilla, según la cual el contribuyente tiene derecho a deducir de la renta bruta el uno por ciento del avalúo catastral del inmueble de que es propietario, o de su costo, por concepto de gastos en reparaciones locativas, sin que tenga que cumplir con requisito alguno para que se le acepte el descuento. Cuando lo expresado así por el legislador, con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa su voluntad, no le es permitido a los particulares y mucho menos a los funcionarios públicos encargados de su aplicación, desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como lo hizo el Director General de Impuestos Nacionales con la circular acusada, que ciertamente resulta un disparate de interpretación de la legislación tributaria.

Porque decir que la deducción por reparaciones locativas se aplica solamente a los edificios y que la base para calcularla será el avalúo o el costo del edificio, sin incluir el solar o terrenos donde se levanta, es pretender hacerle decir a la ley lo que ella no dice, puesto que ésta se refiere es a la propiedad inmueble, y en la propiedad inmueble se comprende la heredad y las cosas que forman parte de ella o que se reputan como inmuebles por la conexión con ella. Fuera de que el avalúo catastral comprende el valor del terreno y el de las cosas consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación que pertenezcan al propietario del inmueble (artículo 85 del Decreto-ley 1301 de 1940). Por lo que no habría manera de conocer el valor oficial del edificio sin el terreno.

Además, según el Código Civil, las reparaciones locativas pueden recaer no sólo sobre las edificaciones sino también en los predios rústicos, esto es, en la parte de tierra vacía que se cultiva o beneficia de cualquier modo, puesto que allí se citan las cercas, acequias y pozos, entre los que pueden recibir esa clase de reparación, lo que obviamente comprende a tales predios beneficiados con la exención tributaria (artículos 1998 y 2030).

Y mucho menos pudo el Director General de Impuestos Nacionales pretender que la deducción no cobija a "las casas y apartamentos de habitación o casas campestres de recreo", pues ya está dicho que la norma no hace distinción entre casas habitadas por el contribuyente y casas arrendadas o que le den renta ordinaria. Y si lo hubiera hecho habría resultado injusta e inequitativa, como muy bien lo pone de presente el demandante doctor Durán Bravo.

De lo anterior y por las razones expuestas en el auto de suspensión de la norma y de la providencia de la Sala de Decisión que lo confirmó, aparece evidente que la instrucción impartida en la circular acusada contraría de manera violenta por restringir su alcance, la norma del artículo 46 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**Falla:**

Declárase nula la circular número 010 de 1975 expedida por el Director General de Impuestos Nacionales, de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Envíese copia de la presente providencia al referido funcionario para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

*Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**NOTARIOS Y REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS.**— Es nulo el artículo 5º del Decreto reglamentario número 2817 de 1974.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.**— Bogotá, D. E., enero quince de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

El doctor y ciudadano Pedro Manuel Charria Angulo, en ejercicio de la acción pública, solicita la declaración de nulidad del artículo 5º, del Decreto reglamentario número 2817 del 20 de diciembre de 1974, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia.

Como hechos expuso:

“El Decreto número 2817 del 23 de diciembre de 1974, por el cual se reglamentan parcialmente los Decretos-leyes 960, 1250 y 2163 de 1970 y se delegan sus funciones.

**El Presidente de la República de Colombia,**

en uso de sus facultades constitucionales,

**DECRETA:**

Artículo quinto. Delégase en la Superintendencia de Notariado y Registro el otorgamiento de licencias y vacaciones de los notarios de primera categoría y de los registradores de instrumentos públicos y la designación de quienes deban reemplazarlos temporalmente”.

El señor Fiscal Primero de la corporación en su vista de fondo expresó:

“La norma demandada expresa:

“Delégase en la Superintendencia de Notariado y Registro el otorgamiento de licencias y vacaciones de los notarios de primera categoría y de los registradores de instrumentos públicos y la designación de quienes deban reemplazarlos temporalmente”.

“De las disposiciones que se indican como violadas, el Decreto 2163 en su artículo 6º prescribe: “Las licencias de los notarios se

solicitarán a la autoridad que haya producido el nombramiento, quien al concederlas encargará con límite máximo de noventa (90) días, a la persona que el notario indique bajo su responsabilidad. Cuando la licencia no exceda de quince (15) días y el notario no resida en ciudad capital el alcalde de su sede podrá concederla y hacer el encargo.

“Siempre que por cualquier causa se produzca la separación de un notario de su cargo, y su reemplazo, deberá comunicarse la novedad de inmediato a la Superintendencia de Notariado y Registro”.

“Y el artículo 61 del Decreto-ley 1250 dice: “Los registradores se encuentran sometidos al régimen de concursos, permanencia, ascenso, impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, carrera, retiro forzoso, permisos y licencias, responsabilidades, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario, establecido para los notarios en los artículos 10 y 11, en los capítulos 2º a 4º del título V y en el título VI del Decreto-ley 960 de 1970”.

“Por el Decreto 2817 de 1974, del cual hace parte el artículo acusado, “se reglamentan parcialmente los Decretos-leyes 960, 1250 y 2163 de 1970 y se delegan unas funciones”.

“No obstante que en el encabezamiento del decreto reglamentario se dice que “se delegan unas funciones” y en verdad por el artículo 5º acusado se hace tal delegación, ésta no se encuentra autorizada en el articulado de los decretos que, parcialmente, se dice reglamentar.

“Esto sólo sería suficiente para pensar que en el decreto reglamentario se rebasaron las facultades de que trata el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, igualmente indicado como violado.

“Pero es más: el artículo 135 de la misma Carta, en su inciso 1º, dispone:

“Los ministros y los jefes de departamentos administrativos, como jefes superiores de la administración y los gobernadores, como agentes del Gobierno, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente. Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley”.

“Según la última parte de lo transcrito, **“Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley”** (se subraya). Quiere decir esto que las funciones presidenciales no pueden delegarse, por principio, sino que tienen que estar expresamente señaladas en la ley.

“Ya se dijo que el Decreto 2817 de 1974, que contiene la norma acusada, en su encabezamiento dice que se reglamentan parcialmente los Decretos 960, 1250 y 2163 de 1970 y se delegan algunas funciones. Y como en los decretos referidos no se faculta al

Gobierno para delegar las funciones que establece el artículo 5º, cuya nulidad se pretende, tal delegación rebasa las facultades reglamentarias.

“La delegación de funciones —ha dicho el Consejo de Estado— sólo se consagra entre nosotros con carácter excepcional, según se infiere de los artículos 78 y 135 de la Constitución, dado que las corporaciones y funcionarios públicos por poderosos que se suponga, no gozan de poder propio, puesto que toda facultad necesariamente tiene que ser atribuida” (Anales números 401, 402, Pág. 529).

“Debe observarse, finalmente, que la reglamentación contenida en la norma acusada, no contempla las restricciones (o también facultades) consagradas en los artículos 152 y 46 de los Decretos-leyes 960 y 2163 de 1970, respectivamente, según los cuales para efectos de las licencias de los notarios se encargará, bajo su responsabilidad, a las personas que éstos indiquen.

“Por todo lo anterior, en concepto de esta Fiscalía, debe accederse a decretar la nulidad demandada”.

Está la Sala en un todo de acuerdo con su Fiscal, pues es incuestionable que el acto acusado forma parte de un decreto reglamentario de los Decretos-leyes 960, 1250 y 2163 de 1970, en ninguno de los cuales se otorgó al Presidente de la República la facultad de delegar el poder de conceder licencias y vacaciones a los notarios de primera categoría y a los registradores de instrumentos públicos, y designar a quienes deban reemplazarlos durante su ausencia.

Según el artículo 6º del Decreto 2163 de 1970, en armonía con el artículo 135 de la Carta, corresponde exclusivamente a la autoridad que hizo el nombramiento de los notarios conceder las licencias a los mismos. Dicha autoridad debe hacer el nombramiento del sustituto que le indique el propio notario, bajo la responsabilidad de éste.

El artículo 61 del Decreto-ley 1250 de 1970, hizo extensivo a los registradores de instrumentos públicos el régimen legal de los notarios.

Por tanto, el acto acusado viola estas normas superiores y quebranta de contera los artículos 120, numeral 3º y 57 de la Constitución, al haberse excedido el Presidente en la facultad reglamentaria que le otorga el primero de tales preceptos y usurpar funciones propias del legislador.

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

#### **Falla:**

Es nulo el artículo 5º del Decreto reglamentario número 2817 de diciembre 20 de 1974, materia de la acusación en este proceso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.—** A las sucesiones líquidas. Se declara la nulidad del literal a), numeral 3º, del artículo 1º del Decreto reglamentario número 187 de 1975.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—** Bogotá, D. E., enero quince de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Ref.: Expediente número 3168. Actor: Leopoldo Uprimny. Autoridades nacionales.

El ciudadano abogado Leopoldo Uprimny, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, como desarrollo de lo previsto por el artículo 66 de la misma obra, ha solicitado a esta corporación que se declare la nulidad del literal a) numeral 3º del artículo 1º del Decreto número 187 de 1975 reglamentario del Decreto legislativo 2053 de 1974.

El actor estima que con dicha disposición se violó el inciso 2º del artículo 3º del decreto legislativo reglamentado, por cuanto hubo exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria al modificar las previsiones sobre el término para considerar ilíquidas las sucesiones, tal como lo concibió el artículo 3º del Decreto 2053 de 1974.

Tramitado el negocio en debida forma, y oído el concepto del señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Jorge Dangond Flórez, quien considera que debe accederse a las peticiones del demandante, se procede a decidir el negocio en la siguiente forma:

Por petición del actor, el inciso acusado fue suspendido provisionalmente mediante providencia del 25 de abril de 1975 que a su vez fue confirmada por la Sala de Decisión el 22 de mayo siguiente.

Tanto en la providencia de suspensión provisional como en la de su confirmatoria, así como en el concepto rendido por el señor Fiscal se consideró que la violación señalada por el actor era ostensible y flagrante por la simple observación objetiva de ambos textos. Por lo tanto es suficiente como motivación para este fallo reproducirlos en su parte pertinente para deducir, sin necesidad de consideraciones adicionales que asiste la razón al actor.



Dicen así los mencionados artículos:

DECRETO LEGISLATIVO N° 2053 DE 1974

“Artículo 3° . . . . .

“La sucesión es ilíquida entre la fecha de la muerte del causante y aquella en la cual se ejecutorie la sentencia aprobatoria de la partición si los bienes sólo fueren muebles. **Si hubiere inmuebles, la sucesión quedará liquidada en la fecha del registro de dicha sentencia**” (subraya la Sala).

DECRETO REGLAMENTARIO N° 187 DE 1975

“Artículo 1° El año, período o ejercicio impositivo, en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, es el mismo año calendario que comienza el 1° de enero y termina el 31 de diciembre.

“Puede comprender lapsos menores en los siguientes casos: . . .

“3° En los casos de liquidación durante el ejercicio, el año concluye en las siguientes fechas:

“a) **Sucesiones por causa de muerte: en la de ejecutoria de la sentencia que apruebe la partición**” (subraya la Sala).

Como se ve, el decreto reglamentario fijó como término para considerar ilíquidas las sucesiones en las que hubiere inmuebles, la de la fecha de ejecutoria de la sentencia de partición; a tiempo que la norma reglamentada estableció expresamente que ese término lo determinaba la fecha de registro de la misma sentencia. Por lo tanto la norma reglamentaria intentó modificar, sin facultad para ello, lo previsto en la norma sustantiva.

Por lo anterior 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 de acuerdo con su colaborador Fiscal,

**Falla:**

Declárase la nulidad del literal a) del ordinal 3° del artículo 1° del Decreto 187 de 1975.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Revalídense el papel común.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 15 de enero de mil novecientos setenta y seis.

*Gustavo Salazar Tapiero, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**TESTAMENTOS CERRADOS Y PODERES.**— Su inscripción en las oficinas de registro de instrumentos públicos del país. Es nulo el artículo 2º del Decreto número 208 de febrero 13 de 1975.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., febrero cuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

El ciudadano José Joaquín Díaz Perilla, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública establecida por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicita la declaración de nulidad del artículo 2º del Decreto 208 de 13 de febrero de 1975, expedido por el señor Presidente de la República con la firma del Ministro de Justicia.

Como hechos expuso los siguientes:

“1. Por la Ley 8ª de 1969 el Congreso dio facultades extraordinarias por el término de un año, al Presidente de la República para que, asesorado de una comisión de expertos, revisara todo el sistema de notariado, registro de instrumentos públicos y privados, catastro y registro del estado civil de las personas.

“2. En desarrollo de las facultades anteriores, concretamente en materia de registro de instrumentos públicos expidió los Decretos-leyes 1250, 1347, 2156, 2157, 1254, 1347, 2165 y los Decretos reglamentarios Nos. 1975 y 2563 todos de 1970.

“3. En el artículo 2º del Decreto-ley 1250 de 1970 se indicaron, en forma precisa, los únicos actos sujetos a registro. El numeral primero establece que debe registrarse “todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario”.

“El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 1250 de 1970 que se ocupaba del registro de actos relacionados con automotores, fue derogado por el Decreto-ley 2157 de 1970 y el numeral 3º que se

refería a los contratos de prenda agraria o industrial, fue sustituido por el Decreto 2713 de 1973, quedando vigente actualmente únicamente los numerales 1º y 4º del mencionado artículo 2º del Decreto 1250 de 1970, que en resumen se refieren a actos, contratos y providencias sobre bienes raíces y a la cancelación de tales inscripciones.

"4. El Decreto 1250 de 1970 por su artículo 96, derogó todo el título 43 del libro 4º del Código Civil; el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, el artículo 1º de la Ley 39 de 1890, los artículos 38 y 39 de la Ley 95 de 1890, el artículo 7º de la Ley 52 de 1920, la Ley 40 de 1932 y las demás disposiciones relacionadas con el registro de instrumentos públicos que le fueran contrarias.

"5. El Presidente de la República invocando el poder reglamentario que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, expidió el 13 de febrero de 1975 el Decreto 208 que en su artículo 2º dice: "Ordénase el registro de los poderes generales o especiales, constituidos por escritura pública, en las oficinas de registro de instrumentos públicos del respectivo círculo en un libro que se denominará de registro de poderes".

"6. El artículo 4º del Decreto 1250, modificado en parte por los Decretos-ley 2157 y 2156 de 1970, determina en forma precisa los únicos libros que debe llevar el registro y entre ellos, no figura ningún libro de registro de poderes, a que se refiere el artículo 2º del Decreto 208 de 1975.

"7. En resumen el artículo 2º del Decreto 208 de 1975, objeto de la acusación, establece el registro de los poderes otorgados por escritura pública y la obligación de abrir un libro de registro de poderes, en los respectivos círculos, para inscribirlos".

En cuanto a las normas superiores quebrantadas por el acto acusado citó el ordinal 3º del artículo 120 y el numeral 12 del artículo 72 de la Carta fundamental y los artículos 2º, 4º y 96 del Decreto 1250 de 1970.

Sobre el concepto de violación dijo:

"1º El Presidente de la República, violó el numeral 12 del artículo 72 de la Carta, porque si bien es cierto que por la Ley 8ª de 1969, fue revestido de facultades extraordinarias por el término de un año, para revisar el sistema de registro de instrumentos públicos y privados, ese plazo venció en 1970 y a pesar de ello, en 1975 siguió haciendo uso de tal facultad, al haber expedido una norma totalmente nueva, como lo es el artículo 2º del citado Decreto 208 objeto del ataque. Si bien se invoca en los considerandos del decreto la potestad reglamentaria, la verdad es que al crear una disposición nueva, está invadiendo el campo del legislador, habiendo vencido el plazo de las facultades que la ley le confirió para dicho fin.

"2º Viola el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución que consagra como atribución del Presidente el ejercer la potestad re-

glamentaria expidiendo órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, por las razones siguientes:

“a) La mayor prueba de que el Presidente, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria, es la de que no hay norma que reglamentar, a la cual referirse o que sirva de punto de referencia, puesto que en el considerando 4º del decreto acusado, simplemente dice “que igualmente es conveniente que los poderes generales o especiales, constituidos por escritura pública, sean registrados”. La medida puede ser conveniente, pero las razones de conveniencia no autorizan al Presidente de la República para expedir normas con base en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y de proceder así, como ocurrió con el artículo 2º del Decreto 208 de 1975, se invade la órbita del legislador;

“b) Dada la claridad que el Consejo de Estado ha dado, a través de innumerables fallos al alcance y contenido de la potestad reglamentaria, hoy no ofrece duda que el reglamento busca hacer posible la aplicación de las normas respectivas, que debe estar encaminado a lograr el desenvolvimiento y eficacia de las disposiciones reglamentadas y en consecuencia, jamás se ha aceptado por la doctrina ni por los autores, que so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, se pueda llegar a derogar, establecer distinciones, suprimir o hacer excepciones no traídas por la norma de suprimir (sic) jerarquía que se pretende instrumentar, establecer o eliminar formalidades, introducir disposiciones completamente nuevas o extender el campo de aplicación de las mismas a actos, hechos o situaciones excluidos o no contemplados por la ley que se reglamenta y menos aún, establecer sanciones o gravámenes, aumentar o disminuir los previstos o revivir normas derogadas.

“El artículo 2º del Decreto 208 de 1975 extendió la formalidad del registro, a unos actos, como son los poderes por escritura, para los cuales ninguno de los decretos leves expedidos en ejercicio de la Ley 8ª de 1969, establece dicha formalidad y adicionalmente, obliga a las oficinas de registro a abrir y llevar un libro de registro de poderes que tampoco está previsto en ninguna de las disposiciones que se dice reglamentar, todo lo cual conduce a afirmar, que lejos de reglamentar, se expió una disposición completamente nueva, ampliando el ámbito de aplicación de la formalidad del registro a operaciones, actos o contratos no contemplados en los decretos-leves respectivos.

“c) En una sentencia, el honorable Consejo admitió que el reglamento no podía limitarse a la reproducción mecánica de la norma de mayor jerarquía y que en su ejercicio hay un proceso previo de análisis e investigación sobre el contenido y alcance y advirtió que como producto de dicho estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de los preceptos, para concluir luego que “en él puede desenvolverse no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella” (Sala de lo Contencioso, sentencia del 22 de marzo de 1963).

“En inteligencia con la anterior doctrina, es suficiente hacer una comparación de los decretos-leyes expedidos en materia de registro de instrumentos públicos, con el artículo 2º del Decreto 208 de 1975, para establecer, en forma frontal, cómo no hay norma que consagre el registro de los poderes otorgados por escritura pública y que tampoco hay disposición, que en forma explícita o implícita hubiera dejado abierta la posibilidad para que por un reglamento se estableciera su registro, si es que esto último es posible jurídicamente.

“d) La mejor comprobación que al Presidente no le es posible por decreto modificar el régimen del registro público, es que se necesitó la Ley 8ª de 1969 para que pudiera hacerlo y una vez agotadas las autorizaciones, perdió competencia para adicionar dicho sistema como lo ha hecho con el artículo 2º del Decreto 208 de 1975;

“e) El artículo 2º del Decreto 208 de 1975, es notoriamente violatorio de la potestad reglamentaria, porque a través de él, se trata de revivir el numeral 10 del artículo 2652 del Código Civil, que precisamente fue derogado por el artículo 96 del Decreto-ley 1250 de 1970.

“Por lo anteriormente expuesto, puedo afirmar que el artículo 2º del Decreto 208 de 1975, contraría el ordinal 3º del artículo 120 de nuestra Carta por desviación de las atribuciones que dicho ordinal le confirió al Presidente”.

Surtido el trámite de este proceso y como no se observa causal de nulidad, para decidir,

#### **Se considera**

El señor Fiscal Primero de la corporación en su concepto de fondo dijo:

“La norma acusada dispone:

“Artículo segundo. Ordénase el registro de los poderes generales o especiales, constituidos por escritura pública, en las oficinas de registro de instrumentos públicos del respectivo círculo en un libro que se denominará registro de poderes”.

“En el encabezamiento del Decreto 208 del cual ella hace parte, se expresa:

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, y considerando:

“Que el artículo 66 del Decreto-ley 960 de 1970 ordena el registro de los testamentos cerrados, sobre copia expedida por el notario respectivo;

“Que el artículo 41 del Decreto-ley 2163 de 1970 dispone que la Superintendencia de Notariado y Registro, de conformidad con

la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, organizará, con la cooperación del Servicio Nacional de Inscripción, el registro central de testamentos;

“Que mientras la antedicha reglamentación se expide y se organiza el registro central de testamentos, es conveniente que los registros de los testamentos continúen efectuándose por las oficinas de registro de instrumentos públicos del país;

“Que igualmente es conveniente que los poderes generales o especiales, constituidos por escritura pública, sean registrados también en las citadas oficinas de registro” (fl. 1).

“Como puede verse del encabezamiento del Decreto 208, se trata de un acto reglamentario; y conforme al considerando transcrito, en lo que se relaciona con la inscripción de los testamentos, expresamente se hace referencia a diferentes normas en cuyo contenido se apoya el correspondiente registro.

“En cambio, en cuanto al registro de los poderes, no se menciona ninguna disposición que le sirva de fundamento a la medida reglamentaria y sólo se dice en el inciso respectivo “Que igualmente es conveniente que los poderes generales o especiales, constituidos por escritura pública, sean registrados...”, lo cual por sí solo no es suficiente para darle vida jurídica a un decreto reglamentario. Este acto tiene que estar supeditado a la ley que se pretende reglamentar y necesariamente debe ceñirse a ella sin ampliar ni restringir su sentido, ya que como reiteradamente ha dicho el honorable Consejo de Estado, “La potestad reglamentaria sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley” (Anales, T. LVII, Pág. 225).

“Como los artículos 2º y 4º del Decreto 1250 de 1970, indican los actos y documentos que deben estar sujetos a registro, lo mismo que los libros y elementos que componen el archivo, y entre ellos no se mencionan los poderes de que trata la disposición reglamentaria demandada, al proferir ésta se rebasaron las facultades consagradas en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y, por lo mismo, se violó esta norma y las anteriores referidas, todas ellas señaladas por el demandante como violadas por el acto acusado.

“Por lo anterior, en concepto de esta Fiscalía debe accederse a la nulidad pretendida”.

La Sala comparte el anterior concepto, pues es claro que los artículos 2º y 4º del Decreto 1250 de 1970 han sido quebrantados por el acto acusado, ya que el primero de ellos no incluye entre los actos sujetos a registro los poderes de que trata la disposición reglamentaria demandada, ni el segundo incluye entre los libros que componen el archivo del registro el de poderes a que se refiere dicha disposición, por lo cual extralimitó al Presidente la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 120, numeral 3º, a consecuencia del quebranto de los artículos 2º y 4º del Decreto extraordinario 1250 de 1970.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

Es nulo el artículo 2º del Decreto 208 del 13 de febrero de 1975, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia, "por el cual se ordena la inscripción de los testamentos cerrados y de los poderes en las oficinas de registro de instrumentos públicos del país".

Comuníquese este fallo a la Superintendencia de Notariado y Registro.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día nueve de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**NOTARIOS.— Nombramiento en propiedad. Se declara la nulidad del aparte b) del artículo 1º, del Decreto reglamentario 2431 de 1974, en la parte que dice: "...de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro".**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—Bogotá, D. E., febrero cuatro de mil novecientos setenta y seis.**

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

El ciudadano y doctor Pedro Manuel Charria Angulo demanda la nulidad del aparte b) del artículo 1º del Decreto reglamentario 2431 del 15 de noviembre de 1974, en la parte que dice: "...de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro".

Como disposiciones violadas citó los artículos 5º del Decreto-ley 2163 de 1970 y el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

En relación con el concepto de la violación, expresó:

"El artículo primero, aparte b), del Decreto reglamentario 2431 del 15 de noviembre de 1974, señala que los nombramientos en propiedad de los demás notarios, distintos de los de primera categoría, cuando no se realice concurso de selección, se harán por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos, de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro.

"Es bien sabido que la potestad reglamentaria no puede modificar lo dispuesto en la norma que reglamenta, y menos añadir requisitos, u ordenar disposiciones no contenidas en la norma reglamentada, pues en tal evento el ejecutivo excede la potestad que al efecto le confiere el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional. Sobre este punto existe múltiple y reiterada jurisprudencia de esa honorable corporación que me abstengo de citar para no alargar la presente demanda.

"Ahora bien, el artículo 5º, Decreto-ley 2163 de 1970, que derogó el artículo 161 del Decreto 960 de 1970, dispone que las designaciones de los notarios distintos a los de primera categoría se hará por los gobernadores, intendentes y comisarios, sin sujetar tales nom-



bramientos a que la Superintendencia de Notariado y Registro les envíe candidatos a tales funcionarios, por manera que al haber dispuesto esto último la norma reglamentaria, quebrantó ostensiblemente la disposición de superior jerarquía, o sea la primeramente citada, artículo 5º del Decreto 2163 de 1970, so pretexto de reglamentarla.

“Obsérvese que el Decreto 2431 de 1974 dice reglamentar el Decreto-ley 960 de 1970. Pero como esta última disposición fue derogada en el punto relativo al nombramiento de los notarios, debe entenderse que pretendió reglamentar el Decreto-ley 2163 de 1970, artículo 5º que como ya se vio, en ninguna parte condiciona el nombramiento de los notarios distintos de los de primera clase a que la Superintendencia de Notariado y Registro pase candidatos a los gobernadores, intendentes y comisarios, por lo cual el artículo primero, aparte b), del Decreto 2431 del 15 de noviembre de 1974, es nulo en la parte que excede la norma reglamentada y que es el objeto de esta demanda, y por ello solicito que así lo declare esa honorable corporación”.

Como en su demanda impetrara el actor la suspensión provisional, la Sala Unitaria dijo sobre el particular:

“El demandante considera que la expresión **cuya nulidad demanda**, viola ostensiblemente el artículo 5º del Decreto-ley 2163 de 1970, que subrogó el artículo 161 del Decreto 960 de 1970, así como el artículo 120-3º de la Constitución Nacional por extralimitación de la potestad reglamentaria, en cuanto el mencionado artículo 5º faculta a los gobernadores, intendentes y comisarios para nombrar a los notarios que no sean de primera categoría, sin sujetar tales nombramientos “a que la Superintendencia de Notariado y Registro le envíe candidatos a tales funcionarios”.

#### “Se considera

“El artículo 46 del Decreto-ley 2163 de 1970, derogó expresamente el artículo 161 del Decreto-ley 960 de 1970 que establecía: “los notarios serán designados por el respectivo gobernador, intendente o comisario, de listas pasadas a ellos por el competente tribunal superior de distrito judicial. Las listas se formarán con tantos candidatos cuantos correspondan a los cargos que deban proveerse, separadamente, a razón de tres por cada notario, y a ellas se agregarán los nombres de quienes se encuentran ejerciendo el cargo con el lleno de los requisitos legales”. Y el artículo 5º del citado Decreto 2163 establece: “Los notarios serán nombrados para periodos de cinco (5) años, así: Los de primera categoría por el Gobierno Nacional; los demás, por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos. La comprobación de que se reúnen los requisitos exigidos para el cargo se surtirá ante la autoridad que hizo el respectivo nombramiento, la cual lo confirmará una vez acreditados”.

“De otra parte, el artículo 146 del Decreto-ley 960 de 1970, disposición que dice reglamentar el Decreto 2431 de 1970, estatuye:

“Para ser notario en propiedad, se requiere el lleno de los requisitos legales exigidos por la correspondiente categoría, y además, haber sido seleccionado mediante concurso. Sin embargo, la postulación y la designación podrán hacerse prescindiendo de la selección de candidatos mediante concurso, cuando éste no se haya realizado y cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, conforme a los artículos 172 y 174”.

“Como se advierte, la ley no ha condicionado el nombramiento de notarios, en ninguna de sus categorías, y a falta de la celebración de los concursos previstos para ingresar a la carrera notarial, a la postulación de nombres por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, ni ha autorizado al Gobierno para hacerlo, por lo cual al establecer tal exigencia el reglamento se advierte, prima facie, que se ha desbordado la potestad reglamentaria, como lo afirma el demandante, con violación de las normas por éste indicadas. En tales condiciones procede la suspensión provisional impetrada”.

Surtido el trámite de rigor, durante el cual se constituyó en impugnador de la demanda el doctor Fabio Arce Luna, Superintendente de Notariado y Registro, como no se observa causal de nulidad de la actuación, se decide sobre la demanda previas las siguientes

### Consideraciones

El señor Fiscal Primero de la corporación, en su vista de fondo dijo:

“Como es bien sabido, para decretar la medida provisional es necesario que la violación, conforme lo exige el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, sea manifiesta, y si la suspensión se decretó, fue porque la Sala consideró que dicha violación se presentó en la forma legalmente supuesta.

“Así se hizo constar en el auto respectivo en el cual, para tal efecto se consideró...”.

“Dentro del proceso la demanda fue impugnada por el señor Superintendente de Notariado y Registro, quien luego de refutar las tesis del libelista expresa:

“Lo anteriormente expuesto lleva a las siguientes conclusiones:

“a) El nombramiento en propiedad de los notarios, de conformidad con lo estatuido en los artículos 146 y 148 del Decreto-ley 960 de 1970, requiere la previa selección de los candidatos;

“b) Los artículos 172 y 174 *ibídem*, que señalaban el procedimiento para tales nombramientos, se encuentran derogados, no existiendo hoy norma legal que fije pautas para el caso de no celebrarse dicho concurso;

“c) Ante el silencio de la ley, se hacía indispensable proveer el sistema necesario para el nombramiento en propiedad en tal eventualidad;

“d) El Decreto 2341 (sic) de 1974 no rebasa la potestad reglamentaria, porque no viola el espíritu ni la esencia de la ley. Por lo contrario, su finalidad es la de hacerla operante, que es una de las obligaciones que la Constitución Nacional impone al Presidente de la República.

“En consecuencia, con el necesario comedimiento me permito solicitar al honorable Consejo declarar que el literal b) del artículo 1º del citado Decreto 2341 (sic) no excede la facultad reglamentaria y que, por el contrario, se ajusta al espíritu y a la esencia de la ley reglamentada” (fl. 26).

“Considera esta Fiscalía que no obstante el vacío legal que anota el señor Superintendente y aun los inconvenientes de carácter práctico y que podrían presentarse de accederse a la nulidad pretendida, de todos modos queda en claro que la norma reglamentada no faculta a la Superintendencia para enviar a los gobernadores la lista de candidatos para los nombramientos de notarios, y aunque con el decreto reglamentario se pretenda llenar un vacío legal, con ello no se legitima su existencia, pues de aceptarse tal razonamiento, podría en cualquier momento el ejecutivo, con el fin de llenar vacíos legislar sobre cuestiones que sólo competen a la rama legislativa. Reiteradamente ha dicho el honorable Consejo de Estado que “La potestad reglamentaria sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el Gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería **reglamentar sino legislar**. El decreto reglamentario debe estar contenido, implícitamente, dentro de la ley reglamentada”. (Sentencia agosto 22 de 1944, tomo LIII, 246, Pág. 66 y junio 16 de 1949, tomo LVII 362-366, Pág. 225).

“Por lo anterior, en concepto de esta Fiscalía debe accederse a la nulidad demandada”.

La norma acusada es del siguiente tenor:

“Decreto número 2431 de 1974 (noviembre 15), por el cual se reglamenta el nombramiento en propiedad de los notarios.

“El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y en desarrollo de lo previsto en el Decreto-ley 960 de 1970, y considerando: . . . Decreta: Artículo primero. Los nombramientos en propiedad de los notarios, cuando no se realice concurso de selección, se efectuarán así: a) . . . b) Los demás, por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos, de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro”.

Como puede verse, el acto acusado invoca el Decreto-ley 960 de 1970 y pretende reglamentarlo en cuanto al nombramiento de los notarios. Pero ocurre que en la fecha de su expedición, el artículo 161 del citado decreto, que regulaba esta materia, había sido derogado por el artículo 48 del Decreto-ley 2163 de 1970 y sustituido por el artículo

5º del mismo decreto, norma ésta según la cual "Los notarios serán nombrados para períodos de cinco años, así: Los de primera categoría por el Gobierno Nacional; los demás, por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos. La comprobación de que se reúnen los requisitos exigidos para el cargo se surtirá ante la autoridad que hizo el respectivo nombramiento, la cual lo confirmará una vez acreditados".

En este precepto no está prevista la intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro en el nombramiento de los notarios.

Tiene, por tanto, razón el actor, cuando afirma el quebranto de la norma superior que dice reglamentar el acto acusado por éste.

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, de acuerdo con su Fiscal,

**Fallo:**

Es nulo el aparte b) del artículo 1º del Decreto reglamentario número 2431 del 15 de noviembre de 1974, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, en la parte que dice: "...de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro".

Comuníquese este fallo al señor Ministro de Justicia y al Superintendente de Notariado y Registro.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que el presente fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DECRETOS DEL GOBIERNO

**ASOCIACIONES DEPORTIVAS.**— Son nulos el artículo 13, la frase final del párrafo del artículo 59 que dice: “solamente operará una en cada uno de los mencionados territorios”, y los artículos 122 y 123, normas todas del Decreto ejecutivo número 1387 de 1970 “por el cual se dictan disposiciones sobre asociaciones deportivas en el país”.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.**— Bogotá, D. E., enero catorce de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

El doctor y ciudadano Humberto Velásquez Galarza, demanda en acción pública la declaración de nulidad del artículo 13, del párrafo 59 y de los artículos 122 y 123, del Decreto número 1387 de julio 5 de 1970, expedido por el Gobierno Nacional.

Como disposiciones violadas citó en su libelo los artículos 39 y 44 de la Constitución Nacional y los artículos 8º, 10, 44 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

El concepto de la violación lo expuso así el actor:

“1º El artículo 13 del Decreto 1387 de 1970 cuando dispone que:

“En el territorio colombiano no podrá haber más de una federación deportiva nacional por cada deporte, y el artículo 59, párrafo al establecer similar disposición respecto de las ligas departamentales, restringe inconstitucionalmente la libertad que todos los ciudadanos colombianos tienen para constituir asociaciones deportivas con carácter de personas jurídicas de derecho privado. Estas estipulaciones pretenden conferir o restringir a un solo conjunto de personas —las primeras que se organicen— un derecho que asiste a cualquier grupo de ciudadanos que cumplan con los requisitos que al efecto contemplan la Constitución o la ley para erigirse, en cualquier tiempo, como federación o liga deportiva entendiendo por tales la agrupación de ligas, comités o clubes deportivos de distintas ciudades o regiones del país.

“Las federaciones o ligas deportivas de que trata el Decreto 1387 son personas jurídicas de derecho privado. Tal naturaleza im-

pide que el Gobierno Nacional pueda conferirle a una sola de ellas el privilegio de la exclusividad en su ramo, que sólo podría postularse respecto de una entidad de derecho público creada por la ley para cumplir funciones públicas.

“En el campo del derecho privado puede constituirse más de una asociación que propugne por los mismos fines, todas las que surjan tienen derecho a obtener el reconocimiento del Estado si cumplen con los requisitos de fondo y de forma que exige la ley. En el campo deportivo la norma acusada restringe este principio constitucional e impide que el Estado por intermedio de Coldeportes reconozca u otorgue personería jurídica a tales agrupaciones. Ello, como es obvio, es claramente inconstitucional.

“De otra parte, el objeto de las federaciones deportivas, según lo dispone el artículo 11 del Decreto 1387 de 1970, es el de “Promover el deporte como medio de obtener la mejor formación de la juventud y el pueblo colombiano”. Este objeto, en primer lugar, no constituye una función pública que por tal razón debe estar exclusivamente reservada al Estado y, en segundo lugar, si lo fuera, correspondería a la ley y no al Gobierno encomendar (sic) su cumplimiento a determinada institución, (sic) pues es el Congreso, según lo dispone el artículo 76 de la Constitución política, el encargado de regular el servicio público.

“De otra parte, el objeto de las federaciones deportivas, según lo dispone el artículo 11 del Decreto 1387 de 1970, es el de “promover el deporte como medio de obtener la mejor formación de la juventud y el pueblo colombiano”. Este objeto, en sí mismo, no es atribución administrativa que por tal razón deba estar exclusivamente reservada al Estado y, en segundo lugar, si lo fuera, correspondería a la ley y no al Gobierno encomendar su cumplimiento a determinada institución, pues es el Congreso, según lo dispone el artículo 76 de la Constitución política, el encargado de regular el servicio público.

“El objeto señalado a las federaciones deportivas cabe perfectamente dentro de las actividades que lícitamente pueden cumplir los particulares. La promoción del deporte la pueden realizar todos los grupos de personas que así lo deseen mediante el establecimiento de clubes y de competencias periódicas denominadas juegos o campeonatos. Por cuestión de organización dichos clubes pueden agruparse en asociaciones que bien pueden denominarse ligas o federaciones. Estos son nombres genéricos, descriptivos que no significan otra cosa que agrupación. Pretender restringir o limitar la formación de ligas o federaciones es ciertamente inconstitucional puesto que bien pueden funcionar varias ligas o federaciones de carácter privado que formen clubes u organicen campeonatos paralelos entre sí. Esto corresponde a la libertad de asociaciones y no puede ser impedido ni por la ley ni por el ejecutivo.

“2º El artículo 122 estipula que para cambiar de club el deportista requiere la autorización del club de origen, y el artículo 123 dispone que si el nuevo club pertenece a liga distinta de la anterior, debe ésta igualmente prestar su consentimiento.

“Aplicadas estas normas al deportista profesional, y el decreto objeto de acusación se refiere tanto a los aficionados como a los profesionales: artículos 38, 40, 105 y otros, representan una restricción no autorizada a la libertad de contratación de los trabajadores colombianos.

“Según el artículo 61 del Código Laboral, modificado por el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, el contrato de trabajo termina, entre otras causales, por expiración del plazo fijo pactado.

“Así las cosas, si vencido su contrato de trabajo con un club determinado el deportista profesional desea firmar contrato con otro club, puede hacerlo libremente puesto que nada lo liga al anterior patrono de acuerdo con los efectos que produce la terminación del contrato, ni nadie puede impedir que lo haga puesto que el artículo 39 de la Constitución política, el artículo 8º del Código Laboral, le facultan para escoger libremente la profesión o el trabajo que desee desempeñar. Es la libertad de asociación que constituye pilar fundamental del derecho laboral colombiano.

“Los artículos acusados al exigir que el deportista profesional necesita autorización del club de origen para cambiar a otro club, violan los requisitos establecidos en las normas analizadas puesto que subordinan su ejercicio a la autorización del antiguo patrono que, si no la concede, impide tal ejercicio arrogándose de esta manera unas facultades extralegales y extraconstitucionales de un alcance y un contenido desmedido y absurdo.

“En Colombia, el ejercicio de esta facultad por parte de los patronos de los futbolistas profesionales ha originado la aplicación de instituciones totalmente reñidas con nuestro derecho:

“a) El jugador es considerado propiedad de un club mediante el establecimiento de un “pase” al cual se le da la categoría de elemento esencial para la celebración del contrato de trabajo;

“b) Ese pase es propiedad del club y éste puede venderlo a otro club con lo cual se obliga al jugador a prestar sus servicios a otro patrono, aun en contra de su voluntad;

“c) El trabajador no puede libremente cambiar de club o patrono al término del contrato de trabajo pues ello queda sujeto a que el club de origen llegue a un acuerdo con el nuevo club acerca del valor del “pase” o transferencia. Si no hay acuerdo entonces el jugador debe comprar el “pase” a su patrono para quedar entonces sí en libertad de contratar con otro.

“Tan aberrante es la situación en esta materia que la Federación Colombiana de Fútbol, entidad de derecho privado pero, cuyos estatutos debe aprobar el Gobierno Nacional según lo dispone el artículo 16 del Decreto 1387 de 1970, ha expedido el “Estatuto del jugador de fútbol” en el cual se coleccionan las más absurdas violaciones de la ley laboral.

“Para ilustración del Consejo acompaño copia del mencionado Estatuto con cuya lectura podrá el honorable Consejo apreciar la

importancia que reviste un pronunciamiento claro sobre este asunto a fin de dar a los trabajadores del deporte la protección a que tienen derecho de acuerdo con las leyes de Colombia.

“Para los fines de esta demanda es útil transcribir una jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, publicada en la página 97 de la edición de 1974 del Código Laboral de Jorge Ortega Torres que dice: La institución de la transferencia (o autorización del club de origen, agregó) de jugadores entre clubes de football (sic) tiene un doble carácter de compromiso patronal y de derecho individual de cada club, cuando el contrato de trabajo de la empresa con el jugador se encuentra en vigencia, porque entonces tiende a moralizar una actividad profesional deportiva y evitar la competencia desleal entre los clubes y asociaciones de tal naturaleza. Pero es aberrante después de disuelto el contrato de trabajo, máxime cuando el contrato ha sido terminado por voluntad expresa del patrono, porque entonces el trabajo humano se convierte en simple mercancía, se coarta de manera ostensible la libertad de trabajo y se puede hacer de la transferencia un sistema eficaz para someter al trabajador a la inactividad profesional.

“Siendo el fútbol profesional una actividad de trabajo como cualquier otra, que requiere técnica y especialización, el aspecto deportivo incide en el aspecto laboral: uno y otro son inseparables.

“El vínculo contractual que pueda existir con los futbolistas, después de la terminación de su contrato de trabajo con determinado club, participa de la naturaleza de la cláusula de no concurrencia (sentencia de 19 de septiembre de 1953, “D. del T.”, volumen XVIII, números 105-108, Pág. 47).

“Finalmente debo agregar que los dos artículos acusados en este capítulo, el 122 y el 123, son también violaciones de la libertad de asociación en cuanto se relacionan con los deportistas aficionados.

“Por virtud de tal libertad de asociación ellos pueden cambiarse de uno a otro club sin necesidad de permiso o autorización del club de origen. Estos artículos al imponer tal restricción son igualmente ilegales e inconstitucionales (sic) en relación con los deportistas aficionados”.

Tramitado el proceso sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidirlo, previas las siguientes

### Consideraciones

Los artículos del Decreto 1387 acusados disponen:

“Artículo 13. En el territorio colombiano no podrá haber más de una federación deportiva nacional por cada deporte; deberá tener además de personería jurídica, el reconocimiento del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte”.

“Artículo 59. En los departamentos, intendencias, comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá, podrán funcionar ligas depor-



tivas de cada uno de los deportes que se practiquen en el territorio de la República”.

“Parágrafo. Las ligas deportivas de que trata el presente artículo formarán parte de las federaciones nacionales respectivas. Solamente operará una de cada uno de los mencionados territorios”.

“Artículo 122. Para cambiar de club el deportista requiere la autorización del club de origen.

“Artículo 123. Cuando el cambio se realice entre clubes que pertenezcan a distintas ligas requerirá el visto bueno de la liga de origen”.

Refiriéndose a la acusación del artículo 13 y del parágrafo del artículo 59 del citado decreto, se expresa así el señor Fiscal Primero de la corporación en su vista de fondo:

“De las normas transcritas se desprende la intención del Gobierno de que en el territorio nacional no exista más de una federación deportiva por cada deporte, tanto a nivel nacional como departamental, eso sí, estas últimas subordinadas a las primeras.

“Para resolver el asunto sub-lite, no se deben confrontar las normas aisladamente, sino en función de las razones que se tuvieron en cuenta al expedirlas, ya que así se podrá verificar mejor la legalidad de su contenido.

“Y los supuestos de hecho que las motivaron no fueron otros que la necesidad en que se vio el Gobierno Nacional de “promover el deporte como medio de obtener una mejor formación de la juventud y el pueblo colombiano”, orientándolo de tal manera que sus actividades sean regidas por una sola institución, que sería la encargada de organizar los diversos deportes que se practican en el país.

“En sentir del demandante, las referidas normas restringen la libertad que todos los ciudadanos tienen para constituir asociaciones deportivas, y se viola, por consiguiente, la Constitución Nacional; pero esta concepción no la considera de recibo este despacho, pues como ya se dejó anotado, el fin que impulsó al Gobierno al expedir el decreto acusado, no fue otro que el de organizar, por medio de federaciones nacionales y departamentales, todos los deportes que se practican en el país.

“Desde este punto de vista sería absurdo suponer, por ejemplo, que existieran varias federaciones de fútbol sometidas cada una a distintos regímenes y con diferentes estatutos.

“Se tendría, entonces, que la unidad del deporte se perdería y habría por consiguiente diferentes orientaciones sobre un mismo deporte, sin que por esta causa se pudiera llegar a una verdadera disciplina deportiva”.

Sobre el particular observa la Sala que el Decreto 1387 de 1970 invoca en su preámbulo como fundamento las “atribuciones legales y

en especial las que la ley 80 de 1925" confiere al Presidente de la República. Por lo cual cabe examinar, en primer término, si existen y cuáles son esas facultades.

Basta la lectura de la Ley 80 de 1925, para percatarse de que en ella no existen las facultades que invoca el Decreto 1387, y contrariamente a lo dicho por éste, el artículo 3º de la citada ley preceptuó:

"La Comisión Nacional de Educación Física se consagrará de preferencia a los siguientes fines:

"a) Organizar todo lo referente a los concursos anuales de atletismo en la República, a los que son llamados todos los habitantes del país no profesionales en el ramo;

"b) Crear y fomentar la fundación de plazas de deportes, proporcionar los planos para su construcción y el reglamento que en ellas deba cumplirse;

"c) Crear y fomentar asociaciones de cultura física;

"d) Relacionar las asociaciones nacionales entre sí y con las extranjeras, y procurar en cuanto fuere posible la uniformidad de su acción y de sus métodos;

"e) Publicar revistas y libros de propaganda;

"f) Recabar de las autoridades, de las corporaciones y de los particulares donativos para impulsar la cultura física en el país;

"g) Organizar conferencias públicas para demostrar la importancia que tienen los deportes en la salud, en la inteligencia y en la moral de los individuos;

"h) Proyectar y poner en práctica un plan racional de educación física obligatoria en las escuelas de instrucción primaria, y en los establecimientos de educación secundaria y universitaria;

"i) Combatir las causas de deterioro físico en la infancia y en la juventud de todas las clases sociales".

En esta norma se habla claramente de "habitantes del país no profesionales en el ramo" del atletismo y se ordena "crear y fomentar asociaciones (en plural) de cultura física" y de "relacionar las asociaciones nacionales entre sí (en plural) y con las extranjeras..." todo lo cual supone la posible existencia de varias entidades, tanto en lo nacional como en lo departamental y municipal, a diferencia de lo ordenado por el artículo 13 del Decreto 1387 y por la frase final del párrafo del artículo 59 del mismo, en el sentido de que "no podrá haber más de una federación deportiva nacional ni más de una en cada territorio".

Por tanto, el artículo 13 y el párrafo del artículo 59 del citado Decreto 1387, exceden la facultad reglamentaria que al Presidente de la República confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, al desbordar las normas que dice reglamentar e invocar poderes que éstas no le otorgan, y quebrantan el artículo 44 de la misma Carta, al

desconocer la libertad de asociación que ese precepto otorga a los particulares. En cuanto a la acusación de los artículos 122 y 123 del aludido Decreto 1387, se expresa así el señor Fiscal de la corporación:

“En lo que respecta a la violación de los artículos 122 y 123, la experiencia, ciertamente, enseña que en el caso de los jugadores de fútbol existen unas limitaciones que les impide desarrollar su actividad al servicio de instituciones que no hayan adquirido los derechos de lo que en el argot deportivo se denomina “pase” del jugador, pero en el caso de autos, lo demandado no ha sido propiamente esta limitación sino la relacionada con el cambio de clubes deportivos.

“Obsérvese, al efecto, que las dos normas aludidas, nada contienen respecto a limitaciones o a la libertad de trabajar. Dicen así tales disposiciones: “Artículo 122. Para cambiar de club el deportista requiere la autorización del club de origen. Artículo 123. Cuando el cambio se realice entre clubes que pertenezcan a distintas ligas requerirá el visto bueno de la liga de origen”.

“O sea, pues que si para poder cambiar de afiliación a un club deportivo se necesita de una autorización especial, ello es cuestión diferente a la que propiamente se ha demandado, pues a nadie se le ha prohibido jugar fútbol o escoger la profesión que quiera.

“Por lo expuesto, en concepto de esta Fiscalía, deben negarse las peticiones de la demanda”.

Sobre este aspecto del debate observa la Sala que no se ha formulado acusación por quebranto del artículo 17 de la Carta, según el cual “el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”. No obstante, considera que basta la acusación por quebranto del artículo 39 de la Constitución y del artículo 8º del Código Sustantivo del Trabajo, sin considerar la violación de los artículos 10, 44 y 81, misma obra, que no fueron objeto de fundamentación por el demandante, para que su pretensión, en cuanto a los citados artículos 122 y 123 del Decreto 1387 de 1970, prospere.

En efecto, de una parte, esas normas se refieren indiscriminadamente a toda clase de deportistas, tanto a los profesionales como a los aficionados y constituyen una forma de reglamentación de la profesión respectiva, la que sólo le es dado efectuar al Congreso Nacional, al tenor de lo preceptuado por el artículo 39 de la Carta, el que aparece así violado por las normas acusadas.

De otra parte, si bien mientras un deportista profesional esté vinculado a un club por medio de contrato de trabajo no puede cambiarse a otro sin quebrantar sus obligaciones legales y contractuales, así como las demás del Decreto 1387 no acusadas, una vez que ese contrato haya terminado tiene plena libertad de no seguir trabajando con su antiguo patrono y de hacerlo con otro club, inclusive contra el querer de aquél.

Exigir, para que un trabajador (deportista profesional, en este caso) pueda entrar a trabajar con otro patrono, una vez terminado su contrato de trabajo, que obtenga el consentimiento de su anterior patrono, es no sólo quebrantar la libertad de trabajo consagrada en el artículo

39 de la Constitución sino también el artículo 8º del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, "nadie puede impedir el trabajo a los demás ni que se dediquen a la profesión, industria y comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio", salvo que medie, conforme a la ley, resolución en sentido contrario de autoridad competente y con el fin de tutelar los derechos de los trabajadores y de la colectividad.

Admitir normas semejantes, como las acusadas, equivaldría a establecer una verdadera "carta de esclavitud", contraria a la dignidad y a la libertad humanas.

Por tanto, los artículos 122 y 123 del Decreto 1387 de 1970 quebrantan, al igual que el artículo 13 del mismo decreto las normas superiores invocadas en la demanda y deben ser anulados. Otro tanto ocurre con la frase final del párrafo del artículo 59, en cuanto dice: "solamente operará una en cada uno de los mencionados territorios".

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, en desacuerdo con su Fiscal,

#### **Falla:**

Son **nulos** el artículo 13, la frase final del párrafo del artículo 59 que dice: "solamente operará una en cada uno de los mencionados territorios", y los artículos 122 y 123, normas todas del Decreto ejecutivo 1387 de 5 de julio de 1970, "por el cual se dictan disposiciones sobre asociaciones deportivas en el país".

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha noviembre veintiocho de mil novecientos setenta y cinco.

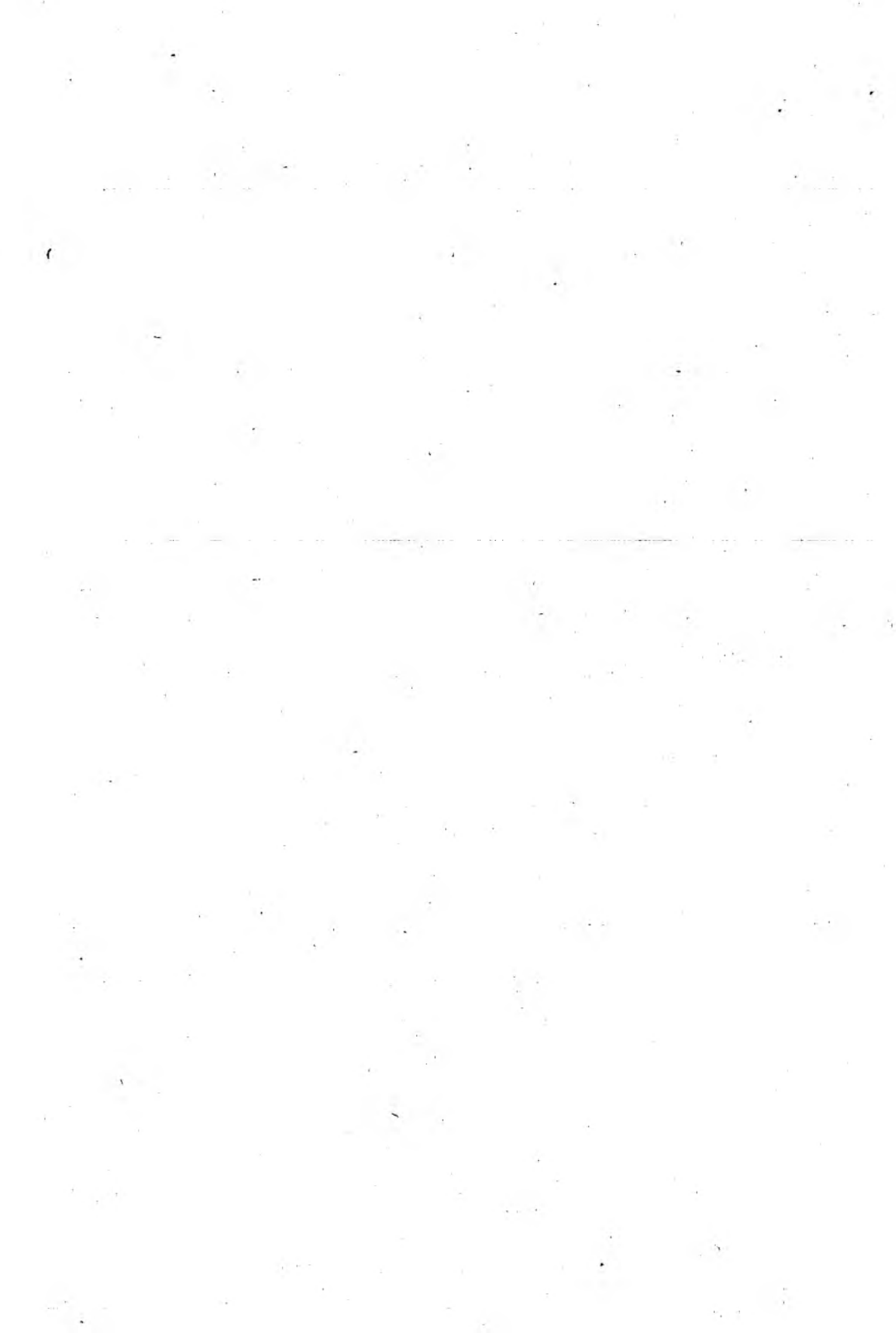
*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*



**CAPITULO SEGUNDO**

**RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS  
DE LOS MINISTROS**



## MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

**PENSION DE INVALIDEZ.— A ex-soldados que se incapaciten para la vida militar. Interpretación del artículo 4º del Decreto 2728 de 1968.**

**Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.**  
Bogotá, D. E., abril primero de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alfonso Castilla Sáiz**).

Ref.: Expediente número 10031. Resoluciones ministeriales. Actor:  
Jorge Eliécer Vargas Ortiz.

Por intermedio de apoderado v en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el ex-soldado Jorge Eliécer Vargas Ortiz pidió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se declarara “la nulidad de las Resoluciones números 6937 de octubre 15 de 1970 y la junta médica de 26 de agosto de 1971 para que en su lugar se decrete a nombre de mi prohijado judicial una pensión mensual vitalicia de jubilación en su condición de cabo 2º del Ejército Nacional...”.

En sentencia de fecha 27 de marzo de 1974, el Tribunal falló en el sentido de “declararse inhibido para conocer de la presente acción por no agotamiento de la vía gubernativa”.

Contra esta providencia, el interesado interpuso recurso de apelación que se surtió ante la Sección Segunda de esta corporación, la cual, en sentencia de fecha 4 de julio de 1975, resolvió: “Se confirma la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de marzo de 1974”.

Es de advertir, sin embargo, que la Sección Segunda dijo no compartir el criterio del Tribunal en cuanto al no agotamiento de la vía gubernativa, y al efecto se expresa así: “No está de acuerdo la Sala en la parte motiva de la sentencia del Tribunal porque en realidad puede considerarse agotada la vía gubernativa ya que de oficio, el Ministerio de Defensa estaba obligado a estudiar si había lugar al pago al demandante de una pensión de invalidez. Sin embargo, para decidir, este asunto debe tenerse en cuenta que a folio 26 del expediente figura el siguiente concepto de la Sección de Medicina, Seguridad e Higiene del Trabajo del Ministerio del Trabajo:



“...Me refiero al oficio número 3098 de fecha 25 de junio del presente año, del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para comunicar que teniendo en cuenta lo ordenado en el auto de fecha 3 de mayo de 1973, ha sido examinado en este despacho el señor Jorge Eliécer Vargas Ortiz, y presenta como secuela de una T. B. C. pulmonar, una fibrosis residual entidad que lo incapacita en forma absoluta para la vida militar, mas no así para otras actividades, pues se encuentra en condiciones de laborar en actividades que no requieran esfuerzos físicos considerables”. De tal concepto resulta que el demandante está incapacitado en forma absoluta para la vida militar, pero no así para otras actividades. Y resulta que el señor Vargas Ortiz era apenas un soldado, que debía estar cumpliendo el servicio militar obligatorio, pero la vida militar no era lo habitual en él. Entonces, no es este el caso común que ha ocupado a esta Sala en diferentes oportunidades, cuando los demandantes tienen como actividad ordinaria, la vida bajo las armas. No puede, pues, afirmarse que Jorge Eliécer Vargas Ortiz, fuera un inválido absoluto para desempeñar las actividades a que estaba acostumbrado. En estas condiciones habrá de confirmarse la sentencia apelada, pero por razones distintas a las expuestas por el a quo”.

Contra la sentencia de la Sección Segunda el interesado interpuso el recurso de súplica establecido en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, al cual se le ha dado el trámite de rigor.

#### Se considera

El recurso se expresa así:

“Las providencias que con todo respeto considero contrarias al fallo de julio 4 de 1975 objeto del presente recurso, son:

“A. Fallo de septiembre 19 de 1973 del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, confirmado por providencia de febrero 21 de 1974, emanada de la Sección Segunda del honorable Consejo de Estado con ponencia del honorable Consejero doctor Rafael Tafur Herrán.

“B. Fallo de agosto 14 de 1972 del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, confirmado por providencia de 28 de octubre de 1972 emanada de la Sección Segunda del honorable Consejo de Estado con ponencia del honorable Consejero doctor Alvaro Orejuela Gómez.

“Estos casos son jurídicamente iguales al caso de mi poderante, señor Jorge Eliécer Vargas Ortiz, pues ambos prestaron el servicio militar obligatorio y fue durante el mismo que adquirieron las invalideces respectivas”.

Antes de seguir adelante precisa observar la incongruencia notoria entre la parte motiva y la resolutive del fallo de la Sección Segunda, pues según el criterio expuesto en la parte motiva transcrita anteriormente, la solución no era confirmar la sentencia inhibitoria sino revocarla y denegar las súplicas de la demanda. No lo hizo así, pero como

interpretándolo según el razonamiento de la parte motiva hay que entenderlo en el sentido de que la inhibitoria conlleva una negativa implícita lo que hace posible entrar a estudiar el recurso de súplica.

La tesis del fallo suplicado se puede sintetizar así: Los soldados no forman parte propiamente de lo que pudiera llamarse la carrera de las armas, a la cual pertenecerían los suboficiales y los oficiales. Por esta razón y como la incapacidad del ex-soldado Vargas Ortiz es únicamente para la vida militar y no siendo esta su actividad habitual, no tiene derecho a la pensión de invalidez.

Los fallos citados por el recurrente efectivamente se refieren cada uno a casos de ex-soldados, el primero de nombre José Luis Pérez Lizarazo a quien se le concedió pensión no obstante que su incapacidad fue señalada por la División de Medicina de Seguridad e Higiene del Ministerio del Trabajo, en los siguientes términos: "Ha sido examinado en este despacho el señor José Luis Pérez Lizarazo, quien presenta en la actualidad: pérdida funcional de la mano derecha. La lesión anteriormente descrita sí lo incapacita en forma permanente y absoluta, para las funciones propias de la vida militar". O en otras palabras, su invalidez no es absoluta y permanente para toda clase de actividades de la vida civil, solamente para la vida militar.

El segundo caso se refiere al ex-soldado Héctor María Jiménez a quien también se le concedió pensión de invalidez, y su incapacidad fue fijada por la misma entidad del Ministerio del Trabajo como absoluta para la vida militar y para las actividades agrícolas. Tampoco en este caso la invalidez es absoluta y permanente para toda clase de actividades, en relación con la vida civil.

A estos casos puede agregarse el correspondiente a una reciente sentencia de la misma Sección Segunda proferida el 27 de febrero del presente año, expediente número 4273 correspondiente al soldado Jorge Sánchez Zambrano, a quien se le concedió la pensión de invalidez y cuyo certificado médico dice así: "lo inhabilita en forma total y permanente para desempeñar las funciones de cabo 2º del Ejército Nacional. No así el desempeño de oficios y ocupaciones de la vida civil...".

Basta lo anterior para concluir que, ciertamente, el fallo suplicado varía la doctrina anterior según la cual podía concederse la pensión de invalidez a ex-soldados con incapacidad exclusivamente militar, mas "no así el desempeño de oficios u ocupaciones de la vida civil".

Conviene decir que esta es la doctrina que acoge la Sala por cuanto no sólo es más favorable sino que interpreta con justicia el artículo 4º del Decreto-ley número 2728 de 1968 que es del tenor siguiente: "A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado o grumete de las Fuerzas Militares que sea desacuartelado por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual equivalente al sueldo básico que corresponda en todo tiempo a un cabo 2º o marinero y a las prestaciones unitarias a que se refiere el artículo anterior". Pues bien, el criterio que inclina a la Sala a adoptar esta tesis más favorable según la cual a los soldados que se incapaciten para la vida militar también debe reconocérseles la pensión de invalidez, puede resumirse así: la

persona que, voluntariamente, ingresa a la carrera militar para seguir esta profesión, conoce los riesgos que implica esta carrera y los asume sin estar obligado a ello. Si por un desafortunado accidente, o por ser víctima de una enfermedad grave, le resulta una invalidez que lo incapacita en forma total para continuar la carrera militar, se le concede la respectiva pensión, y ello es justo. Pero no hay razón para considerar en un plano de inferioridad, respecto de esta prestación social, al joven que, no voluntariamente, sino como conscripto es llevado a los cuarteles a prestar el servicio militar obligatorio, pues está expuesto a los mismos riesgos para su salud que los profesionales.

Así lo entendió el legislador de 1948, al expedir la Ley 100, cuyo artículo 7º dice: "El personal de soldados que cumpla su servicio no podrá ser dado de baja sino después de haber sido rigurosamente sometido a exámenes y tratamientos médicos que garanticen que el reservista vuelve sano a su hogar y libre de cualquier enfermedad tropical o específica".

Por otra parte, al interpretar con criterio de amplitud el artículo 4º del Decreto-ley 2728 de 1968 que señala "incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades", no sería equivocado pensar que tal incapacidad se refiere a toda clase de actividades dentro de las Fuerzas Militares, Ejército, Marina, Aviación y la Policía, porque es cierto que el soldado una vez cumplido su servicio militar puede seguir en las Fuerzas Militares en cualesquiera de sus armas como muchos de ellos lo han hecho llegando inclusive hasta la carrera de oficiales, y entonces, si se ven privados de este aliciente quiere decir que su incapacidad es para toda clase de actividades dentro de las Fuerzas Militares. Desde luego, este criterio no puede ser absoluto por la diversidad de actividades a que puede dedicarse un soldado al término de su desacuartelamiento y el enorme número de lesiones o enfermedades del más diverso origen que pueden dar lugar a muy diversas incapacidades. Por eso, cada caso deberá ser estudiado muy cuidadosamente para no incurrir en excesos.

Ahora bien, como lo dice acertadamente el fallo que se revisa, con la resolución que expida el Ministerio de Defensa Nacional concediendo las prestaciones que considere pertinentes, y que debe decretar aun de oficio, se agota la vía gubernativa por cuanto al concederse una prestación cualquiera se excluyen las demás, según el conocido aforismo "Inclusio unius est exclusio alterius". Entonces, al reconocérsele al exsoldado la indemnización y no la pensión ésta hay que entenderla negada. Por estas razones y prosperando el recurso de súplica como se ha visto, la Sala Plena, al desatar el recurso, adquiere plena competencia para proferir la sentencia que debe resolver en el fondo las peticiones de la demanda, que aún no han sido resueltas, es decir, la pensión de invalidez y la indemnización correspondiente a 36 meses de sueldo básico, deduciendo lo que por tal concepto se le reconoció por medio de la Resolución 6934 de 1970, por la circunstancia de que se le considere inválido absoluto. Y efectivamente, aplicando al caso de autos la tesis que se ha dejado expuesta respecto de las pensiones de invalidez para los soldados, se llega a la conclusión de que al señor Jorge Eliécer Vargas Ortiz debe reconocérsele la pensión de invalidez en la forma solicitada y reajustársele la indemnización ya concedida.

En cuanto a la nulidad del acta médica que también se solicita, la Sala observa que, tal como lo afirma el Tribunal de Cundinamarca, ella es un acto de trámite no susceptible de anulación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

1. Revócase la sentencia de la Sección Segunda de esta corporación de fecha 4 de julio de 1975.

2. Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 27 de marzo de 1974.

3. Declárase la nulidad de la Resolución número 6937 de 1970 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto no reconoció la pensión de invalidez al ex-soldado Jorge Eliécer Vargas Ortiz y fijó la indemnización en cuantía inferior a 36 mensualidades del sueldo de un cabo 2º.

4. Concédese al ex-soldado Jorge Eliécer Vargas Ortiz, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, una pensión mensual vitalicia de invalidez equivalente al sueldo de actividad de un cabo 2º del Ejército.

5. Reconócese al ex-soldado Jorge Eliécer Vargas Ortiz, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, una indemnización por la incapacidad física adquirida en el servicio, equivalente a multiplicar los haberes recibidos por un cabo 2º en el mes de marzo de 1970 por 36. De la suma que resulte después de hacer esta operación se descontará lo que por el mismo concepto haya recibido el ex-soldado Vargas Ortiz en virtud de la Resolución número 6934 de 15 de octubre de 1970 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día 30 de marzo de mil novecientos setenta y seis (1976).

*Alfonso Arango Henao, Osvaldo Abello Noguera, Nemesio Camacho Rodríguez, con aclaración de voto; Alfonso Castilla Sáiz, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Lleras Pizarro, Humberto Mora Osejo, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Pérez Vives, Carlos Portocarrero Mutis, Gustavo Salazar Tapiero, Rafael Tafur Herrán, con aclaración de voto; Alvaro Orejuela Gómez, Ricardo Uribe Holguín.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

## **ACLARACION DE VOTO**

**De los Consejeros doctores Rafael Tafur Herrán y Nemesio Camacho Rodríguez.**

Se ha dado aplicación en este asunto al artículo 4º del Decreto-ley número 2728 de 1968 que exige para el pago de la pensión una incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades y en este fallo se interpreta como toda clase de actividades, las distintas armas de las Fuerzas Militares, cuando a nuestro modo de ver y prescindiendo del caso concreto que ocupó a la Sala Plena, el artículo se refirió a los distintos oficios que pueden encontrarse en las Fuerzas Armadas que requieren servicios de personas aptas, no sólo para la sola actividad militar, sino para otras como podrían ser la mecanografía, la tenencia de libros de contabilidad, la técnica de archivos, etc.

Por eso aclaramos nuestro voto en tal sentido y con la advertencia que hizo la Sala Plena de que cada caso debe examinarse en concreto cuidadosamente.

*Rafael Tafur Herrán, Nemesio Camacho Rodríguez.*

## MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

**LOS MONJES.**— La nota de la Cancillería Colombiana dirigida al Embajador de Venezuela, en la cual se declara no objetar la soberanía de ese país sobre el archipiélago de los Monjes, corresponde al ejercicio de la función pública atribuida al Gobierno por el artículo 120, numeral 20, de la Constitución Nacional, no tiene carácter administrativo y no es acusable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS POLITICOS O DE GOBIERNO. RELACIONES INTERNACIONALES.**— Control jurisdiccional.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., enero veintiocho de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 27 de enero de 1976).

Ref.: Expediente número 1496. Actor: Alfonso Romero Aguirre. Actos del Gobierno Nacional (sentencia).

El doctor Alfonso Romero Aguirre, en ejercicio de acción pública, demanda la nulidad del acto "del Gobierno Nacional, o, restringiendo la petición, del acto del señor Ministro de Relaciones Exteriores fechado en Bogotá el 22 de noviembre de 1952", dirigido al señor Embajador de Venezuela y en el cual, después de algunas consideraciones de orden histórico, se declara, lo siguiente:

"Con base en los antecedentes mencionados, el Gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el archipiélago de Los Monjes y que, en consecuencia, no se opondrá ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o a cualquier acto de dominio por parte de este país sobre el archipiélago en referencia".

Estima el actor que la causa o razón de la nulidad consiste en "que todos los actos de los órganos de la Nación encaminados (sic) o las fronteras de Colombia o a los bienes territoriales de la Nación, deben ser sentados (sic) por medio de un tratado internacional, aprobado por el

Congreso de la República mediante una ley nacional” y que por no haberse cumplido esta exigencia, en relación con el acto acusado, se violaron el inciso final del artículo 3º de la Constitución Nacional y los ordinales 9º y 20 del artículo 120 ibidem.

El doctor Alfonso Isaza Moreno se constituyó en parte coadyuvante mediante extenso escrito que obra a folios 15 a 27 en el cual sostiene que el acto acusado viola también el ordinal 18 del artículo 76 de la Constitución Nacional y los artículos 3º y 4º de la misma Constitución.

Al resolver sobre la admisibilidad de la demanda el Consejero sustanciador doctor Lucrecio Jaramillo Vélez (q. e. p. d.) declaró mediante providencia de marzo 30 de 1971, que el Consejo de Estado no era competente para conocer de la acción propuesta. Después de hacer algunas consideraciones en torno a las diferencias de naturaleza entre el derecho internacional y el derecho interno, sobre los tratados internacionales en sentido estricto, así como sobre los llamados acuerdos o convenios simplificados, concluye que “la nota colombiana de 22 de noviembre de 1952 forma con la nota venezolana de la misma fecha un acto jurídico complejo e indivisible de carácter internacional que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del país. (Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia de fechas 6 de julio de 1914, G. J. tomo XXIII página 11 y de 30 de marzo de 1958, G. J., tomo LXXXVII, Pág. 9, y sentencia del Consejo de Estado de 20 de mayo de 1960, Anales, tomo LXII, 387-391, Pág. 617)”. Más adelante se afirma, que la acción contencioso administrativa no es procedente contra los actos referentes a las relaciones del Gobierno colombiano con un país extranjero y que “el juez administrativo no es competente para conocer de las relaciones internacionales, que son relaciones que corresponden al derecho internacional. El límite de la competencia administrativa coincide exactamente con el límite del derecho interno colombiano; los litigios de derecho internacional solamente pueden ventilarse ante las jurisdicciones internacionales (Odent, “Cours de contentieux administratif”, Paris, 1950)”, pues tales actos gubernamentales no son actos administrativos, sino actos que emanan de una facultad que la Constitución le confiere al Presidente en su condición de Jefe del Estado y no a título de suprema autoridad administrativa.

La tesis sustentada en el auto que se comenta aparece abonada con abundantes referencias a la jurisprudencia y a la doctrina extranjeras.

La decisión de la Sala Unitaria fue recurrida en súplica. El actor expresó en el memorial de su recurso que si por acto administrativo se entiende “toda declaración jurídica unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas” (Fernández de Velasco), la nota de la Cancillería que es objeto de la pretensión de nulidad “es un mero acto administrativo”.

La parte impugnadora también sustentó el recurso de súplica con los siguientes argumentos: 1. Que las jurisdicciones colombianas son competentes para conocer de los juicios o controversias que se susciten dentro del territorio nacional aunque se refieran a las relaciones internacionales; y 2. Que la propia sentencia del Consejo de Estado que se

cita en la providencia suplicada contradice los fundamentos de esta última en cuanto allí se afirma la tesis de la integración del derecho interno y del derecho internacional. La Sala de Decisión revocó el auto suplicado con fundamento en que "la nota o comunicación del señor Ministro de Relaciones Exteriores del 22 de noviembre dirigida al señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia, en principio, formalmente considerada, constituye un acto administrativo unilateral y contra el cual procede la acción de nulidad propuesta, de conocimiento del Consejo en única instancia; pues de su contexto no se deduce *in limine* que sea parte integrante de un tratado o convenio internacional". A continuación, en la misma providencia se dice lo siguiente:

"4º Ciertamente que obra en el expediente la nota o comunicación del señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela en Colombia, de respuesta a la nota colombiana; pero, por una parte, en la demanda se pide que se declare la nulidad de ésta, como acto unilateral del señor Ministro de Relaciones Exteriores que, formalmente considerada, tiene tal característica; y, además, aunque aducida al expediente, aquélla constituye una prueba, cuyo mérito sólo puede estimarse en la oportunidad procesal de decir, previa la tramitación del juicio. Por tanto, sólo entonces se puede evaluar esa comunicación en relación con el acto acusado, determinar la índole o naturaleza de éste y si el Consejo tiene o no jurisdicción y competencia para revisarlo.

5º Podría argüirse que el acto acusado, por referirse a relaciones diplomáticas, es de carácter político, no susceptible del control jurisdiccional. Pero, aunque este criterio ha sido sustentado por la jurisprudencia francesa para sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa los actos relativos a las relaciones diplomáticas y a las de la administración con el Parlamento, por una parte, en el mismo país de origen se reduce su ámbito, hasta circunscribirse sólo a los actos señalados como tales por la jurisprudencia (Raymond Odent. "Contentieux administratif", "Les cours de droit", fascicule I, Págs. 205 a 209); además, en el régimen jurídico colombiano todos los actos administrativos, salvo los casos específicos y expresamente comprendidos en los ordinales 2º y 3º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo (Art. 20 del Decreto-ley número 528 de 1955), cualquiera que sea su finalidad o naturaleza, pueden someterse, en principio y mediante las acciones pertinentes, al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

El Consejero Arango Henao estimó que debía confirmarse el auto recurrido y expresó así su acuerdo con las razones en que lo fundamentan:

"Ese acto, compuesto de dos momentos y también conformado con dos documentos de distinta procedencia, es un clásico acto político del Presidente de la República de Colombia, dictado en virtud de la atribución del numeral 20 del artículo 120 de la Carta, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores. Por lo mismo estimó que no se trata de un acto administrativo y que por ello esta jurisdicción no puede ocuparse de su estudio, puesto que ella "está ins-



tituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, "según reza el artículo 20 del Decreto 528 de 1964. Por todo esto, no comparto los puntos de vista del auto que decide la súplica, puesto que la competencia de esta jurisdicción está bien clara en la norma transcrita, y porque no es del caso dar aplicación a los artículos 62 y ordinal 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de materia expresamente atribuida a los tribunales que dirimen las cuestiones internacionales".

### **El concepto fiscal**

Al recorrer el traslado legal, el señor Fiscal Primero de la corporación expresó:

Dada la naturaleza de la "nota acusada, lo primero que debe analizarse es si ésta constituye por sí misma un acto administrativo cuya competencia para su juzgamiento está atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa, o si, por el contrario, se trata de un acto unilateral no idóneo para producir los efectos jurídicos que se le asignen en el libelo".

"Sobre el particular es conveniente recordar cuál es la forma en que los Estados comprometen su voluntad, como sujetos que son de derecho internacional".

En general, podemos afirmar que el sistema adoptado por los Estados para manifestar su consentimiento en obligarse es el de los tratados, los que acogiendo la definición que sobre el particular se adoptó en la convención sobre el derecho de los tratados, consisten en "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

"El tratado, según Kelsen, es el acto de creación de una norma, el cual constituye un acto de derecho internacional en el sentido de que las normas creadas por ese procedimiento valen en tanto que no son derogadas por un nuevo tratado, o en tanto que su validez no caduca conforme a lo prescrito en el pacto ("Teoría general del Estado". Ed. Nacional, México, Pág. 146).

"Conforme este último autor, "los tratados internacionales constituyen una limitación de los derechos de soberanía" (id. Pág. 146), de ahí que no pueda pensarse que una nota diplomática constituya un tratado internacional, ni que por ella se pueda limitar la soberanía de un Estado.

"Como se deduce del mismo texto de la nota acusada, ésta no es más que la expresión de una opinión, y si se quiere, un concepto jurídico, que para ser acto administrativo requería de la correspondiente facultad para producirlo. Es, como dice el actor, "algo menos que un acto administrativo" (fl. 50 v.), no es siquiera un acto de Gobierno porque no está firmado por el Presidente de la República.

“Todo acto jurídico —según Gastón Jeze—, debe ser el resultado del ejercicio de un poder legal; si no hay poder legal, no puede haber acto jurídico” (cita del abogado coadyuvante), (fl. 65 v.).

“Considera, pues, esta Fiscalía, que la sola nota enviada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, tomada aisladamente, representa una simple opinión que no constituye un acto administrativo.

“Quizás pueda hacer parte de un acto complejo, que para su demanda no podía desmembrarse; además, como acto complejo implicaría un acuerdo de carácter internacional, respecto del cual en manera alguna podría ser competente del Consejo de Estado para su juzgamiento.

“En conclusión, la sentencia debe ser inhibitoria, o porque el acto demandado no es un acto administrativo, o porque siéndolo haría parte de un acuerdo de carácter internacional, para conocer del cual carecería de competencia el honorable Consejo de Estado”.

#### Consideraciones de la Sala

Las funciones constitucionales del Gobierno, consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de “Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional”; de “recibir los agentes respectivos” y de “celebrar con otros Estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”, no son por su propia naturaleza una función administrativa, sino una función eminentemente política, en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro u otros Estados y de entidades de derecho internacional. La índole política de esa función no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento mismo de su original consagración constitucional. De esta suerte la modificación del encabezamiento del artículo 120 de la Constitución Nacional, realizada por el acto legislativo de 1968 no ha significado que, sólo a partir de entonces, se haya convertido en política. Lo que hizo el constituyente de 1968 fue enmendar una terminología impropia que cobijaba bajo el rubro de administrativas algunas atribuciones presidenciales que no tenían ese carácter, entre otras, estas de que se ha hecho mención. Así, pues, hoy la Carta fundamental reconoce explícitamente que este atributo presidencial le incumbe al Presidente de la República en su condición de Jefe del Estado, y no como suprema autoridad administrativa, con lo cual se acomodó el texto constitucional a la naturaleza propia de la función.

Prescribe el artículo 20 del Decreto-ley 528 de 1964, en armonía con el artículo 216 de la Constitución Nacional y con el artículo 34, numeral 10, del Código Contencioso Administrativo que “La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941”. Esta disposición, al con-

sagar una regla general de competencia de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, determina a su vez, la naturaleza del proceso correspondiente en cuanto de ella se infiere que sólo puede tener ese carácter la actuación jurisdiccional de pretensiones que se vinculen a la actividad estatal en función administrativa y que, por consiguiente, toda otra pretensión procesal relativa a actos del poder público de índole diversa están fuera de la competencia de aquellos órganos jurisdiccionales.

Esta disposición, en cuanto contiene un principio general de derecho procesal administrativo, es norma que debe servir al intérprete para precisar el alcance de las demás disposiciones del Código Contencioso Administrativo que detallan la competencia del Consejo y de los tribunales, de forma que cuando el acto de una autoridad pública no entrañe el ejercicio de una función administrativa, cualquiera sea la forma que él revista, no puede ser objeto de una pretensión administrativa.

En el derecho positivo, en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países con instituciones jurídicas análogas a las nuestras se hace la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de Gobierno, de la cual se deriva la exclusión de estos últimos del control jurisdiccional contencioso administrativo:

#### a) En el derecho francés.

André de Laubadere en su "Traité élémentaire de droit administratif" (5ª edición, París R. Pichón, 1970, tomo I, página 243 y siguientes) dice al respecto lo siguiente: "Se llaman "actos de Gobierno", ciertos actos ejecutados por autoridades administrativas, **que no son susceptibles de ningún recurso administrativo ni judicial**". Advierte que en la interpretación del artículo 28 de la ley de 28 de mayo de 1872, la que se considera como la fuente positiva de donde emana esta categoría de actos, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de abandonar el propósito de elaborar una definición racional del acto de Gobierno para llegar a una concepción puramente empírica, dentro de la cual hoy se consideran "dos grandes campos de aplicación del acto de Gobierno: el primero concierne a los actos del poder ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, el segundo, más complejo, a los actos relativos a las relaciones internacionales". Agrega que este último es "el dominio más importante del acto de Gobierno y enumera entre otros los actos que se relacionan con el procedimiento para la elaboración o denuncia de tratados internacionales" (G.E. S. août 1921, Goffart 833; Feb. 1928, Coreso 123; 29 Oct. de 1954, Haurin et Marianne D. 1956, 361 note Senoit) **y de manera más general los actos que comportan una relación directa de Estado a Estado.**

Auby y Orago en su "Traité de contentieux administratif" París R. Pichón, 1952, tomo 1º página 71 y siguientes expresa cómo, a pesar de las vacilaciones en la elaboración de una teoría al respecto, es lo cierto que se mantiene el principio de la inadmisibilidad de los recursos contencioso administrativos, relativos a actos del Gobierno en sus relaciones con las asambleas legislativas y a actos en los cuales están comprometidas las relaciones del Gobierno con una potencia extranjera. En cuan-

to a estos últimos, la jurisprudencia, aun prescindiendo de la teoría de los actos de Gobierno, se ha manifestado por la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo con fundamento en que el litigio conlleva una cuestión de derecho internacional para la cual carece el juez de competencia”.

### b) En el derecho alemán.

Otto Mayer en su “Derecho administrativo alemán”, Edit. De Palma S. A. 1949, expresa lo siguiente:

“La administración, desde su comienzo ha sido contemplada como una actividad del Estado **que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que él debe establecer**. Y eso mismo es lo que ha motivado su separación respecto del Gobierno. Por consiguiente, la administración no comprende a aquellas actividades del Estado por las cuales ésta **sale de la esfera de su orden jurídico** para el cumplimiento de sus fines. Es lo que ocurre con las relaciones diplomáticas. Los tratados internacionales, las gestiones ante Gobiernos extranjeros, negociaciones, reclamaciones, intimaciones, todo ello no está colocado bajo el régimen de nuestra propia legislación. El derecho de gentes es el que regula sus condiciones y efectos. Nosotros negamos aún el nombre de administración a la guerra; cuando el Estado lanza sus ejércitos contra el enemigo, sacrifica vidas humanas, incendia ciudades y saquea provincias, es la manera más rigurosa de perseguir sus intereses, pero eso no se llama administrar. Lo que regula esta actividad del Estado no es su orden jurídico, sino el derecho de gentes” (páginas 11 y ss.).

“Resumamos. La administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico... La expresión “administración del interior” se explica al oponerla a administración de los negocios extranjeros y por la especialidad del objeto de las otras ramas; ella abraza todo lo que no forma parte de estas últimas”.

### c) En el derecho italiano.

“En Italia, como lo anota Savagués Lasso (“Tratado de derecho administrativo”, Montevideo 1953, T. I, Pág. 408, N° 248) el panorama es semejante. La distinción está impuesta por la ley de organización del Consejo de Estado, que excluye del recurso de anulación los actos emanados del Gobierno en el ejercicio del poder político”. Así, Zanobini incluye dentro de lo que él denomina la actividad política frente a la actividad administrativa “los actos que se refieren a las relaciones del Estado con otros Estados (nombramiento de representantes diplomáticos, estipulación de tratados, declaración de guerra...” (“Curso de derecho administrativo”, parte general, T. I. Ediciones Arayú S. A. 1954).

Renato Alessi en sus “Instituciones de derecho administrativo” (Bosch. Barcelona, 1970, T. II. Pág. 601), después de reconocer que en la nueva Constitución italiana (Art. 113) subsiste la categoría de los actos políticos como “excluidos de enjuiciamiento por parte del juez administrativo”. expresa que “la ley creadora de la jurisdicción administrativa (Art. 31 T. u sobre el Consejo de Estado) excluye de enjuiciamiento por parte del juez administrativo los actos emitidos en el **ejercicio del poder**

**político** (actos llamados políticos), sancionando así una correspondiente limitación en el campo de la revisión contra el ejercicio ilegal de la función administrativa”.

**d) En el derecho español.**

Carlos García Oviedo en su “Derecho administrativo”, (Edit. EPESA, 1948, 2ª Edición, Pág. 114) dice: Tanto los actos de Gobierno, actos políticos, que ahora se dice, como los actos administrativos, refiéranse a actividades de un mismo poder: El poder ejecutivo, ya que administrar y gobernar constituyen las dos atribuciones propias del mismo. Pero la función de gobernar no es la de administrar. Recordemos lo ya expresado. La labor de gobernar es **dirigir o impulsar**. En tal sentido precede a la acción administrativa, cuyo espíritu le infunde y cuyo movimiento determina. Es también labor constitucional y política, que pone en orden los grandes poderes del Estado para su actuación futura. Por consiguiente, el acto político o de Gobierno considera más bien la unidad de la vida del Estado, su defensa unitaria, mientras que el acto administrativo es como su continuación, acto de complemento, de detalle. **Los actos políticos escapan al control jurisdiccional, al que se someten los actos administrativos.**

José Gascón y Marín en su “Tratado de derecho administrativo”, (Edit. Reus, 1952, 12ª edición T. 1º Pág. 186) se remite a la doctrina francesa de los actos políticos, la cual en su opinión es aplicable al derecho español y agrega que estos actos entre los cuales incluye, por supuesto, los relativos a la seguridad exterior, las relaciones diplomáticas, los hechos de guerra y anexiones de territorio escapan a la fiscalización jurisdiccional porque suponen “un poder más autónomo ejercido no como ejecución de leyes, sino cual poder más discrecional derivado de las normas constitucionales orgánicas del Estado”.

**e) En el derecho uruguayo.**

Allí existe un texto constitucional de la reforma de 1952 (artículo 300), en virtud del cual el recurso de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no procede contra los actos llamados de Gobierno. Se han considerado como pertenecientes a esa categoría, los de convocatoria del Parlamento, los de promulgación de la ley y **los relativos a las relaciones diplomáticas** (ver Sayagués Lasso, Op. Cit. T. I. Pág. 404).

**f) En el derecho argentino.**

El profesor Bartolomé Fiorini en su “Manual de derecho administrativo” (Edit. La Ley S. A. 1968, T. I, Pág. 405) no se expresa muy conforme con la categoría de lo que tradicionalmente se ha catalogado como acto de Gobierno y menos aún con las implicaciones políticas y jurídicas de su teoría. Siguiendo a Harienhoff, los denomina “actos institucionales” y explica que la ausencia de control jurisdiccional sobre ellos “se debe a la falta de acciones jurisdiccionales para promover la apertura de esta clase de control. Esto acontece porque algunos de estos actos no inciden ni se refieren directa o indirectamente a los derechos subjetivos de particulares. La mayoría de estos actos actúan dentro del ámbito de las relaciones del poder ejecutivo con los distintos poderes del Estado o a **las relaciones internacionales con otros Estados**” (subraya la Sala).

Manuel Ma. Díez en su "Derecho administrativo" (Edit. Bibliográfica Omeba S. A. 1965 T. II, Pág. 411 y ss.) afirma en relación con el derecho o legislación argentina "que en general los códigos procesales administrativos provinciales vigentes consagran el sistema de la irrevisibilidad de los actos de Gobierno en sede judicial. . . En el mismo sentido se manifestaba la Ley 1351 que organizaba el régimen procesal administrativo en el orden nacional y que fuera vetada luego por el poder ejecutivo". A continuación se declara en favor de las doctrinas positivas que aceptan la existencia de los actos políticos como distintos de los administrativos, pero reduce "el campo de los actos políticos o de Gobierno a aquellos relativos a: a) Las relaciones del poder ejecutivo con el Parlamento; b) Los dictados para la seguridad interna; c) **Los relativos a las relaciones internacionales**; d) Las cuestiones electorales (subraya la Sala).

Las referencias que preceden, le permiten concluir a la Sala lo siguiente: que al menos en el derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina de la mayor parte de los Estados occidentales prevalece el principio de excluir los actos que atañen a las relaciones diplomáticas y en general a las relaciones internacionales del control jurisdiccional contencioso administrativo en función de la teoría de los actos políticos que suscita en algunas vacilaciones o temores, ya sea con otros fundamentos, según quedó expuesto.

En el caso sub judice se pretende la nulidad de la nota que la Cancillería Colombiana dirigió al Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela el 22 de noviembre, en la cual se declara no objetar la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes. Es indiscutible que ese acto gubernamental corresponde al ejercicio de la función pública atribuida al Gobierno por el numeral 20 del artículo 120 y que según quedó establecido anteriormente, no tiene carácter administrativo; luego la pretensión de nulidad vinculada a ese acto no puede ser actuada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo.

Todas las normas atributivas de competencia en materia contencioso administrativa están estructuradas sobre el supuesto de que las respectivas pretensiones tengan relación directa e indirecta con actos del poder público que no trasciendan el ámbito del derecho interno de Colombia, por la razón muy obvia de que los órganos que integran esta jurisdicción son de derecho interno y no de derecho internacional. El Consejo de Estado, instituido en la Constitución Nacional como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (artículo 141), es un órgano "con jurisdicción en todo el territorio de la República" según lo precisa el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, lo cual significa que es un tribunal de derecho público interno, sin competencia para conocer de pretensiones que excedan ese ámbito territorial, en cuanto en ellas esté involucrado el interés político de otro Estado.

En los artículos 62 a 73 del Código Contencioso Administrativo se describen los actos que pueden dar lugar a pretensiones contencioso administrativas, tales como decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los ministros y demás funcionarios empleados o personas administrativas del orden nacional, las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales, los decretos, resoluciones y otros actos de

los gobernadores y demás autoridades o entidades del orden departamental, los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios, los acuerdos y otros actos de los concejos municipales y los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal. En toda esta larga enumeración está implícito que tales actos pertenezcan a la órbita del derecho público interno de Colombia y que, por lo mismo, no trasciendan a la esfera jurídico-política de otro Estado pues la controversia que en esta última hipótesis se planteara tendría un carácter internacional, por el enfrentamiento de pretensiones entre dos personas jurídicas de derecho internacional.

La Sala ha examinado muy juiciosa y detenidamente las razones que ya en ocasión anterior se adujeron en este mismo proceso para sustentar, de una parte, la incompetencia del Consejo de Estado y, de otra, su competencia para conocer del acto que ha sido materia de la pretensión de nulidad y ha llegado a la conclusión de que para alcanzar la solución que se ajuste a nuestras instituciones jurídicas, no debe condicionarse la materia del análisis a la existencia o inexistencia de un vínculo jurídico entre Colombia o Venezuela, ya sea bajo la forma de un tratado o la de un acuerdo de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia internacionales convienen en denominar "**acuerdos en forma simplificada**". La Sala considera que no es pertinente ni conducente a la resolución que adopte, la premisa de la existencia de un vínculo contractual entre Colombia y Venezuela. Que el canje de notas sea constitutivo o no de un convenio internacional, o que se trate de un simple acto unilateral del Estado colombiano o de un negocio jurídico unilateral según denominación de Alfredo Verdross en su "Derecho internacional público" (Biblioteca jurídica Aguilar, 1974, Pág. 103) o de un acto diplomático unilateral o bilateral según la denominación de L. A. y Podestá Costa ("Derecho internacional público" B. A. 1960 N° 170) ello sería cuestión que le incumbiría definir a un tribunal internacional, en el caso de plantearse una controversia que no pudiera decidirse por las vías del arreglo directo. Igualmente, correspondería a un tribunal internacional, declarar la validez o invalidez de tal acto, ya sea unilateral o bilateral, en el caso de aducirse un vicio que pudiera afectar el consentimiento o la voluntad expresada, o una irregularidad en la forma de su expedición, o una falta de competencia del órgano, susceptibles de engendrar una nulidad. Sólo una decisión emanada de un órgano jurisdiccional que tuviera ese carácter, gozaría de la suficiente eficacia jurídica para vincular a las partes en discrepancia.

Es indiscutible que de conformidad con la Constitución política colombiana, corresponde al Presidente de la República dirigir como Jefe del Estado todo lo atinente a las relaciones internacionales del país. Por consiguiente ningún otro funcionario o entidad tiene facultad, para expedir actos que tengan que ver con tales relaciones; pero la calificación de su legitimidad no le corresponde, como queda dicho, a la jurisdicción contencioso administrativa. De todos modos no sobra registrar ahora algo que constituye un principio generalmente admitido en el derecho internacional: que para la validez de un acto unilateral o bilateral de un Estado, es menester que tal acto sea proferido conforme a las normas sobre competencia, contenidas en el derecho interno del país o países de que se trate (Oppenheim y Lauter Pecht "Derecho internacional público", T. I. Vol. 2° Nos. 343, 344, 497, 509-A; Vischer "Teorías

y realidades en derecho internacional", Págs. 274 a 276, Edit. Bosch, Barcelona 1962 y L. A. Podestá Costa "Derecho internacional público", T. I, N° 173 y 175; Charles Rosseau "Derecho internacional público" Edic. Ariel Barcelona, 3ª Edic. española, N° 32, Pág. 27, 1965, entre otros).

La falta de competencia legal del Consejo se hace aún más patente frente a la circunstancia de que en la actualidad se desarrollan negociaciones directas entre los Gobiernos de Colombia y de Venezuela, en las cuales está involucrada la materia a que se refiere el acto cuya nulidad se pretende y que eventualmente pueden culminar en un acuerdo, o dar lugar al empleo de los mecanismos que prevé el derecho internacional para la solución pacífica de las controversias entre los Estados, una de las cuales podría ser la decisión de un tribunal internacional.

No le corresponde, pues, al Consejo de Estado colombiano definir cuál sea la naturaleza del negocio jurídico a que haya dado lugar la nota de Colombia, ni menos aún apreciar si ella está o no viciada de nulidad. Para el sólo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta corporación precisar que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa, por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que deba ser decidido por esta jurisdicción especial, al tenor de lo previsto en los artículos 120 numeral 20 de la Constitución Nacional, 20 del Decreto 528 de 1964 y demás disposiciones del mismo decreto (artículos 30 a 32), de los artículos 32 a 37, 52 a 58 y 62 a 71 del Código Contencioso Administrativo que desarrollan la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos, consignada en los artículos 141, 154 y 216, Constitución Nacional.

En virtud 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, declara que se inhíbe para un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión formulada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente previa ejecutoria.

*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, con salvamento de voto.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*



## SALVAMENTO DE VOTO

**Del Consejero doctor Humberto Mora Osejo.**

Disiento respetuosamente de la sentencia por los siguientes motivos:

### **1º Las incongruencias de la sentencia.**

La sentencia afirma que el Consejo de Estado no es competente para conocer de la acción incoada para que se declare la nulidad de la comunicación de fecha 22 de noviembre de 1952, enviada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia al señor Embajador de Venezuela, en la cual declaró "que no objeta la soberanía" de este país "sobre el archipiélago de los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o a cualquier acto de dominio..."; porque consideró que es un acto de carácter político del Gobierno, que está excluido del control de la jurisdicción contencioso administrativa; pero también afirmó que, por este motivo, no le corresponde calificar si es o no parte integrante de un tratado o si constituye un acto unilateral. La sentencia es, a este respecto, claramente contradictoria: si se trata de un acto político del Gobierno, expedido con base en el artículo 120, numeral 20, de la Constitución, no podría ser integrante de un tratado y, viceversa, como parte de éste, no sería un acto político de aquél. Además, la mayoría afirma, también contradictoriamente, que al Consejo de Estado no le incumbe definir este aspecto del problema, sino a un tribunal internacional, si fuere pertinente, pero que, por tratarse de un acto político del Gobierno, la Sala se declara inhibida para hacer un pronunciamiento de mérito.

La sentencia afirma que se trata de un acto político porque tiene por fundamento el artículo 120, ordinal 20, de la Constitución, que otorga al Presidente una competencia de esa índole; pero la comunicación de que se trata no está suscrita ni fue expedida por el Presidente de la República, que es el funcionario a quien el artículo 120, ordinal 20, de la Constitución le atribuye competencia para dirigir las relaciones diplomáticas. De manera que es contradictorio invocar la mencionada disposición para calificar como político el acto acusado cuando no fue expedido por el Presidente. Igualmente se habla de acto del "Gobierno", no obstante que el artículo 57 de la Constitución expresamente dispone que éste se conforma por el Presidente y sus ministros o jefes de departamentos administrativos y, en los casos particulares, por el Presidente, el ministro o el jefe del departamento administrativo correspondiente, y que la comunicación de que se trata sólo fue expedida por el Ministro

de Relaciones Exteriores; de manera que, según el indicado precepto constitucional, el acto acusado no puede considerarse como proferido por el Presidente o el Gobierno y, por lo mismo, ni siquiera conforme al criterio que sustenta la sentencia podría clasificarse como político. Además, a pesar de ser un fallo inhibitorio, en él se hace una calificación de mérito, al afirmar que **el Gobierno** ejerció una competencia política, sin embargo de que uno de los fundamentos de la acción consiste en la aseveración de que el Ministro de Relaciones Exteriores carecía de competencia para dictar el acto acusado y que, al hacerlo, usurpó las funciones del Presidente y del Congreso.

### 2º El carácter unilateral de la comunicación del 22 de noviembre de 1952.

El Gobierno, mediante esta comunicación, unilateralmente puso término a las conversaciones adelantadas con el de Venezuela sobre el archipiélago de Los Monjes. Como declara no objetar la soberanía de este país y, por lo mismo, que Colombia no reclama, o prescinde de hacerlo, derecho alguno sobre los mismos, puso término a las conversaciones por sustracción de materia: Colombia quedó sustraída así, unilateralmente, de este diferendo internacional. El señor Embajador de Venezuela, en su comunicación de la misma fecha, 22 de noviembre de 1952, con alusión al carácter unilateral de la decisión adoptada, se refiere a "las conclusiones a que ha llegado el Gobierno de Colombia", a "la decisión adoptada por el Gobierno de Colombia" y a los "actos como el que ha realizado" el Gobierno de Colombia. De manera que, en conclusión, es indiscutible que se trata de un acto unilateral del Gobierno colombiano.

### 3º La comunicación de noviembre 22 de 1952 y los actos políticos.

La sentencia afirma que esta comunicación es un acto político que no está sujeto al control jurisdiccional. Considero infundada esta aserción de la sentencia, por los motivos ya indicados y por lo que me permito exponer, a saber:

1. Los actos políticos o de Gobierno, constituyeron una clasificación de los actos jurídicos según su objeto, con la finalidad de sustraerlos del control jurisdiccional. "En una primera etapa —observa De Laubadere, citado en la sentencia de que discrepo—, ilustrada por sentencias del Segundo Imperio (especialmente: CE. 18 junio de 1852, Prince Dorleans, S. 1852, 2, 307. 9 de mayo de 1867, duc d'Aumale, S. 1876, 2, 124) se consideraba como acto de Gobierno toda medida inspirada por un móvil político; esta concepción, en virtud de la cual cualquier acto era susceptible de convertirse en acto de Gobierno, consagraba, en suma, de manera particularmente peligrosa, la idea de la razón de Estado. **Ella fue abandonada al fin del siglo XIX por la jurisprudencia** (subrayo) (especialmente CE. 19 de febrero de 1875, Prince Napoleón, S. 1875, 2, 95) (A. de Laubadere, "Traité élémentaire de droit administratif", 3ª Ed., Librairie générale de droit, tomo I, Págs. 225 y 226).

2. La sentencia mencionada, del 19 de febrero de 1875 del Consejo de Estado francés (Prince Napoleón), respecto de los actos de gobierno, como afirman M. Long, P. Weil y G. Braiband, "se limitó a eliminar el **criterio antiguo**, excesivamente amplio, fundado en el móvil político.

En rigor de verdad, este criterio no ha sido reemplazado desde entonces, de tal suerte que **los actos de gobierno no pueden ser hoy objeto de una definición general y teórica** (subrayo) sino solamente de una lista establecida conforme a la jurisprudencia... ("Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", Sirey, París, 3ª Ed., Pág. 16).

3. De manera que, tras la evolución de una "definición racional" a una "puramente empírica", en el actual régimen francés sólo existe "la lista jurisprudencial de actos de gobierno" que se reduce progresivamente, sobre la base de considerar que "el acto de gobierno —como expresa De Laubadere— parece representar bien, en la medida en que subsiste, más que la expresión particular del Estado, una categoría de decisión cuya sustracción al control contencioso se explica más por razones políticas que jurídicas" (Op. Cit., tomo I, Págs. 225 y 231).

4. Desde el plano doctrinario los actos de gobierno, que han sido constante y paulatinamente desechados por la doctrina y la jurisprudencia con el fin de someterlos a control jurisdiccional, se suelen contraponer, como si fueran antitéticos, a los administrativos, no obstante que, por una parte, son apenas una modalidad específica de los mismos, y, por otra, si los caracteriza su finalidad política, pueden ser legislativos, administrativos y jurisdiccionales. "Los actos jurídicos estatales —afirma Sayagués Lasso, al exponer su propio pensamiento—, pueden clasificarse en constituyentes, legislativos, administrativos o jurisdiccionales, tanto desde el punto de vista formal como material, es decir, en razón de su forma o de sus efectos. Todos los actos jurídicos de las entidades estatales caben en una u otra de dichas categorías. Esto no excluye que dichos actos puedan clasificarse desde otros puntos de vista. Así cabe distinguir los actos de gobierno de los que no lo son. Pero como esta clasificación es independiente de la anterior, resulta que los actos de gobierno pueden ser constituyentes, legislativos, administrativos y jurisdiccionales, en sentido formal o material. De lo expuesto se deduce que **entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno. Pero esta circunstancia no excluye su calidad de actos administrativos, con todas las consecuencias que derivan en cuanto a la posibilidad de impugnarlos mediante recursos administrativos o jurisdiccionales**, o de reclamar la reparación patrimonial si fuesen ilegales y lesionen derechos subjetivos, conforme a las normas generales..." (subrayo) ("Tratado de derecho administrativo", tomo I, Pág. 402):

5. En algunos países, como por ejemplo Italia, la ley sustrae del control jurisdiccional los llamados actos de gobierno: se trata de un régimen específico y excepcional, no compatible con el de los países en los cuales no existe tal excepción, como por ejemplo Colombia o Bélgica, país en el cual "la jurisprudencia administrativa belga no conoce la noción de acto de gobierno, es decir del acto que por su naturaleza política (acto del ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, acto de política internacional, acto de guerra etc.) escape completamente al conocimiento del juez. El Consejo de Estado no reconoce esta clasificación... Tomó esta determinación a propósito de la acción promovida ante él contra las decisiones del Ministro de Justicia que expulsaron a extranjeros. La utilización de los recursos que le ofrece la noción de acto discrecional le ha parecido suficiente para responder a las exigencias de la acción gubernamental y preferible al reconocimiento de una ca-

tegoría de actos que escaparía por su naturaleza a todo control jurisdiccional..." (André Mast, "Précis de droit administratif belge", Ed. Scientifiques, Pág. 375). Cambier, por su parte, afirma que "esta teoría no parece imponerse en Bélgica", que "no se reconoce en Bélgica la teoría de los actos de gobierno..." ("Précis de droit administratif", Ed. Maison Ferdinand Larcier, Págs. 246 y 575). De manera que, las referencias que hace la sentencia a la doctrina extranjera de los países en donde están excluidos del control jurisdiccional los llamados actos de gobierno, **no son pertinentes para los países en donde no existe ese régimen excepcional**, en los cuales son aplicables los conceptos transcritos de la doctrina belga.

6. Actualmente la jurisprudencia francesa excluye del control de la jurisdicción contencioso administrativa los actos referentes a las relaciones diplomáticas y a las de la administración con el Parlamento (Raymond Ordent, "Contentieux administratif". "Les cours de droit", fascicule I, Págs. 205 a 209; G. Vedel, "Droit administratif", Págs. 117 a 125; De Laubadere, Op. Cit. tomo I, Págs. 226 a 228), sobre la base de considerarlos como actos de gobierno. Pero, no por ello considera a los primeros, relativos a las relaciones diplomáticas, como actos externos, verificables por un tribunal internacional, sino **como internos, no cuestionables, a pesar de ser nacionales, ante el juez administrativo francés**. De ahí que quienes en el mismo país han criticado la teoría del acto de gobierno afirmen, con Waline, que **"la jurisprudencia podría eliminar los actos de gobierno"** (subrayo), porque la acción o recurso no suspende "la ejecución del acto atacado" y porque el Consejo de Estado conocería de casos en los cuales generalmente "el poder discrecional de la administración es muy grande", con la ventaja de que **"el recurso no sería rechazado sino después del examen de mérito de las pretensiones del actor, y no se presentaría más la penosa impresión de denegación de justicia que da la jurisprudencia actual"** (se subraya). (M. Waline, "Droit administratif", Sirey. Pág. 225). De donde se concluye que, si hasta en el país de origen la doctrina afirma la posibilidad jurídica de "eliminar los actos de gobierno", entre ellos los referentes a las relaciones diplomáticas, para sustituirlos por el recurso o acción jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso administrativa, mal pudo afirmar la sentencia, en relación con la comunicación del 22 de noviembre de 1952, que "es indiscutible que ese acto gubernamental corresponde al ejercicio de la función pública atribuida al Gobierno por el numeral 20 del artículo 120 y que, según quedó establecido anteriormente, no tiene carácter administrativo", para concluir en que, por consiguiente, "la pretensión de nulidad vinculada a ese acto no puede ser actuada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo": **Si la sentencia lo catalogó como político o de gobierno, es porque consideró, implícita y lógicamente, que el acto acusado es interno, pero que no está sujeto a control jurisdiccional.**

7. Como expuso la Sala de Decisión en el auto del 22 de octubre de 1971, que revocó el auto del 30 de marzo del mismo año y admitió la demanda, **ni la Constitución ni la legislación instituyen los actos políticos o de gobierno para excluirlos del control jurisdiccional:**

La Constitución prescribe al Consejo de Estado desempeñar, entre otras funciones, la de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley" y dispone erigir en cada

departamento un tribunal administrativo con "las funciones" que determine la ley (Arts. 141, Ord. 3º, y 154 *ibidem*). Y, según la ley, **todos los actos administrativos**, salvo los casos específica y expresamente determinados por el artículo 73, ordinales 2º y 3º, de la Ley 167 de 1941, como dispone el artículo 20 del Decreto-ley número 528 de 1964, cualquiera que sea su objeto o finalidad, en principio pueden someterse, mediante las acciones pertinentes, al control de la jurisdicción contencioso administrativa. En este orden de ideas, el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 dispone que "podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los tribunales administrativos según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos los decretos resoluciones y otros actos del Gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad"; y el artículo 34, ordinal 10, *ibidem* establece que el Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia, entre otros casos, "de los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén atribuidos a una jurisdicción distinta". De manera que todos los actos del Gobierno o de cualquiera de los ministros, incluidos el de Relaciones Exteriores, **son administrativos** y, en principio, pueden ser infirmados, mediante acción de nulidad, ante el Consejo de Estado. La sentencia de la mayoría afirma que los actos del Gobierno proferidos en ejercicio de las atribuciones del artículo 120, ordinal 20, de la Constitución, son políticos y no administrativos, para concluir que contra ellos no es posible promover acción jurisdiccional: fuera de que el acto acusado, como se observó, según el criterio que sustenta el fallo, **no podría considerarse como político, a causa de que no fue proferido por el Gobierno**, se trata de una afirmación gratuita, **contra mandato expreso de la ley, que por lo mismo constituye un error**: todos los actos administrativos, exceptuados los casos señalados por el artículo 73, ordinales 2º y 3º, del Código Contencioso Administrativo, entre los cuales no están comprendidos los llamados actos políticos, son susceptibles de acciones jurisdiccionales. Si la jurisprudencia francesa excluye de esa posibilidad los actos de gobierno, por su significación política, el régimen jurídico colombiano los comprende a todos, sin diferenciarlos, **bajo la denominación genérica de actos administrativos**, en ellos incluidos los de nombramiento y remoción de los agentes diplomáticos y los demás actos unilaterales, como la comunicación del 22 de noviembre de 1952, sobre las relaciones diplomáticas. De ahí que considere equivocada y contradictoria la actitud de la mayoría, al declararse inhibida para adoptar una decisión de mérito sin siquiera definir la índole o naturaleza del problema, pero considerando a la vez, gratuitamente, contra la Constitución, la ley y la doctrina, que el acto acusado, proferido por el Ministro de Relaciones Exteriores es, según el artículo 120, ordinal 20, de la Constitución, un acto político y no administrativo, y esto a pesar de que este precepto atribuye competencia, no al Ministro, sino al Presidente, para "dirigir las relaciones diplomáticas" del país.

8. La jurisprudencia también ha considerado, de acuerdo con la ley, que todos los actos administrativos, con las salvedades indicadas, son susceptibles, en principio, del control jurisdiccional. Así, esta Sección Primera, en sentencia del 22 de octubre de 1971, consideró que "una

de las características del sistema constitucional colombiano es la de que no puede haber ningún acto dictado por un organismo estatal que no esté sometido al control jurisdiccional. Ahora bien, si se afirma que los actos materialmente administrativos realizados por el Congreso o por una de las Cámaras, comisiones o dignatarios no están sometidos a ningún control, se llegaría a la paradoja de que los actos más importantes del Congreso, a saber las leyes, están sometidos al control de la Corte Suprema de Justicia, mientras que los menos importantes, o sea los administrativos, no tendrán ningún control..." (Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXI, Pág. 498). Y más recientemente, la Sala de Decisión de esta misma Sección Primera, mediante auto del 6 de noviembre de 1975, revocó, unánimemente, con ponencia del doctor Carlos Galindo Pinilla, el auto inadmisorio de la demanda, proferido por el doctor Alfonso Arango Henao, quien había considerado que la proposición número 64 del Senado de la República, por la cual se aceptó la excusa del Designado a la Presidencia para no encargarse del ejercicio del poder ejecutivo durante la ausencia temporal del titular y se dispuso llamar al Ministro de Relaciones Exteriores para que asumiera las funciones correspondientes, "es un acto político del Senado de la República que, por lo que se ha dicho anteriormente, no está ni puede estar sometido a esta jurisdicción, en virtud de la autonomía que tiene esa rama del poder público para tomar determinaciones como la contenida en la proposición número 64...". La revocación y la consiguiente admisión de la demanda se fundaron, sustancialmente, en la jurisprudencia anteriormente transcrita y en la consideración de que "es obvio que la aceptación de la excusa del designado y el llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores tienen evidentes repercusiones políticas, por la jerarquía de los cargos, pero considerados intrínsecamente esos dos actos es manifiesta su naturaleza administrativa y ello es suficiente para determinar la posibilidad de su control por la vía contencioso administrativa..." (subrayo). De manera que, según reiterada jurisprudencia de la Sala, no modificada por la Sala Plena, de la cual son autores dos de los firmantes del fallo de que me separo, los llamados actos políticos, como serían los indicados en cuanto versan sobre las relaciones del Gobierno y el Congreso, están sometidos al control jurisdiccional.

#### 4º La tesis que sustenta la sentencia y los actos administrativos.

La sentencia de la mayoría afirma, tras mencionar algunos actos administrativos, "tales como decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas del orden nacional, las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales, los decretos, resoluciones y otros actos de los gobernadores y demás autoridades o entidades del orden departamental, los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios, los acuerdos, y otros actos de los concejos municipales, y los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal", que contra todos ellos son procedentes las acciones jurisdiccionales, a condición de que "tales actos pertenezcan a la órbita del derecho interno de Colombia y que, por lo mismo, no trasciendan a la esfera jurídico-política de otro Estado", puesto que "la controversia que en esta última hipótesis se plantearía tendría un carácter

internacional, por el enfrentamiento de pretensiones entre dos personas jurídicas de derecho internacional". Es decir, según la sentencia, un acuerdo municipal, una ordenanza departamental, una resolución de un ministro, un decreto del Gobierno o cualquier otro acto administrativo que se inmiscuya en "la esfera jurídico-política de otro Estado" dejaría de ser un acto interno, susceptible de ser infirmado ante la jurisdicción contencioso administrativa, para convertirse en internacional, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Pero los actos que menciona la sentencia, provenientes de los diferentes órganos o funcionarios administrativos del país, **por definición pertenecen al derecho público interno** y, por lo mismo, como es obvio, no pueden trascender "la esfera jurídico-política de otro Estado". Esto sólo puede suceder, jurídicamente, mediante tratado, convenio o acuerdo, bilateral o multilateral, entre Estados; por consiguiente, si un órgano o funcionario administrativo, mediante un acto, trasciende "la esfera jurídico-política de otro Estado", obra sin competencia, jurídicamente es posible pedir al correspondiente tribunal que declare la nulidad de ese acto. Pero pretender, como lo hace la sentencia, que el vicio de incompetencia, que lo hace anulable, tenga la virtud de convertirlo en acto internacional, por lo mismo no sujeto al control jurisdiccional interno, es desconocer que **la fuente primigenia del derecho internacional público es el tratado entre Estados** (Charles Rousseau, "Derecho internacional público", Ediciones Ariel, Pág. 10; artículo 38, letra a), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Frederick H. Hartman, *The Relation of Nations* 3ª Ed. Macmillan Company, New York, Págs. 106 y 107), **no el desconocimiento o la invasión por los órganos o funcionarios administrativos de uno de ellos, en "la esfera jurídico-política de otro Estado"**. Del mismo modo, si un acto administrativo viola o infringe un tratado, que mediante la ratificación es recibido por el derecho público interno, no por eso deviene o se convierte en acto internacional, susceptible de ser sometido a la jurisdicción de una Corte Internacional, sino que **como administrativo, puede ser infirmado, mediante el recurso pertinente, ante la jurisdicción contencioso administrativa** (J. M. Auby y R. Drago, "Traité de contentieux administratif", Librairie générale de droit e de jurisprudence, Paris, tomo I, Págs. 41 y 42; Waline, *Op. Cit.* Pág. 463; G. Vedel, *Op. Cit.* Pág. 273; De Laubadere, *Op. Cit.*, Pág. 196).

### 5º El problema de fondo.

Las partes demandante y coadyuvante pretenden que se declare la nulidad de la referida comunicación del señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia al señor Embajador de Venezuela por considerarla violatoria, en suma, de los artículos 3º, 4º, 76, ordinal 18, y 120, ordinales 9º y 20, de la Constitución, porque definió un problema limítrofe o de soberanía territorial del país sin la aprobación del Presidente y del Congreso. De manera que el cargo consiste, fundamentalmente, en que en la expedición del acto demandado no se observaron los requisitos constitucionales y que, en consecuencia, el Ministro de Relaciones Exteriores usurpó o se arrogó la competencia constitucional del Presidente y del Congreso.

El artículo 3º de la Constitución, correspondiente al artículo 1º del acto legislativo número 1 de 1936, definió los límites del país, declaró que "forman parte de Colombia, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen en los mares limítrofes, la isla de Malpelo y el

archipiélago de San Andrés y Providencia” y dispuso que “las líneas divisorias de la República con las naciones limítrofes, sólo podrán variarse en virtud de tratados públicos, debidamente aprobados por el Congreso”. En lo sustancial, lo mismo prescribe actualmente ese precepto, que corresponde al artículo 1º del acto legislativo número 1 de 1968. El artículo 4º de la Constitución, que corresponde al artículo 4º, inciso 1º, de la Constitución de 1886, declara asimismo que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen únicamente a la Nación”. El artículo 76, ordinal 22 —actual ordinal 18— de la Constitución, prescribió, entre las funciones del Congreso, “aprobar o desaprobar los tratados y convenios que el Gobierno celebre con potencias extranjeras”. El artículo 120, ordinal 9º, le adscribe al Presidente “proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera; y ajustar y ratificar el tratado de paz, habiendo de dar cuenta documentada a la próxima legislatura”. Y el artículo 120, ordinal 20, dispuso que “corresponde al Presidente, como suprema autoridad administrativa, dirigir las relaciones comerciales y diplomáticas con las demás potencias o soberanos: nombrar los agentes diplomáticos, recibir los agentes respectivos y celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”. Estas dos normas, con alguna modificación de redacción, corresponden actualmente al artículo 41 del acto legislativo número 1 de 1968.

De acuerdo con las transcritas disposiciones constitucionales, vigentes el 22 de noviembre de 1952, corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones diplomáticas del país y celebrar tratados o convenios con otros Estados, con la obligación de someterlos a la ratificación del Congreso, el cual así los aprueba. No obstante este principio general, la Constitución, con el fin de hacer especial énfasis, específicamente dispone, en el artículo 3º, que los problemas limítrofes deben solucionarse mediante “tratados o convenios aprobados por el Congreso”. De manera que, a este respecto, incumbe exclusivamente al Congreso, como órgano soberano de la Nación, aprobarlos o improbarlos, como requisito esencial.

Aplicado lo expuesto al caso sub iudice, es evidente que el señor Ministro de Relaciones Exteriores, mediante la referida comunicación del 22 de noviembre de 1952, sobre la soberanía del archipiélago de Los Monjes, se arrogó competencias constitucionales atribuidas al Presidente y al Congreso y violó, por lo mismo, los invocados preceptos. Es decir, que el acto de que se trata se excedió con usurpación de poder y es, por lo mismo, en mi concepto, nulo.

Esta misma Sección, mediante la mencionada providencia del 6 de noviembre de 1975, proferida en Sala de Decisión con ponencia del doctor Carlos Galindo Pinilla, sostuvo, refiriéndose a los actos administrativos proferidos por las ramas legislativa y jurisdiccional, que “no se advierte razón alguna para que actos de tal naturaleza, aunque no emanen de la rama ejecutiva, puedan escapar a ese control, a menos que así lo prescriba expresamente la ley o que se trate de actividades para cuyo ejercicio la misma ley o la Constitución tengan previsto un amplio poder discrecional, atendiendo la índole y la trascendencia política en el



plano internacional de la materia implicada, como sería en los casos contemplados en los ordinales 4º y 6º del artículo 98 de la Constitución. **Ha de entenderse que, aún dentro de hipótesis como las que se acaban de señalar, el control jurisdiccional no desaparece el todo, pues subsiste la posibilidad de verificar la competencia del órgano para dictar el acto, al sometimiento a las formas legales para su expedición y para examinar un hipotético abuso o desviación de poder” (subrayo).**

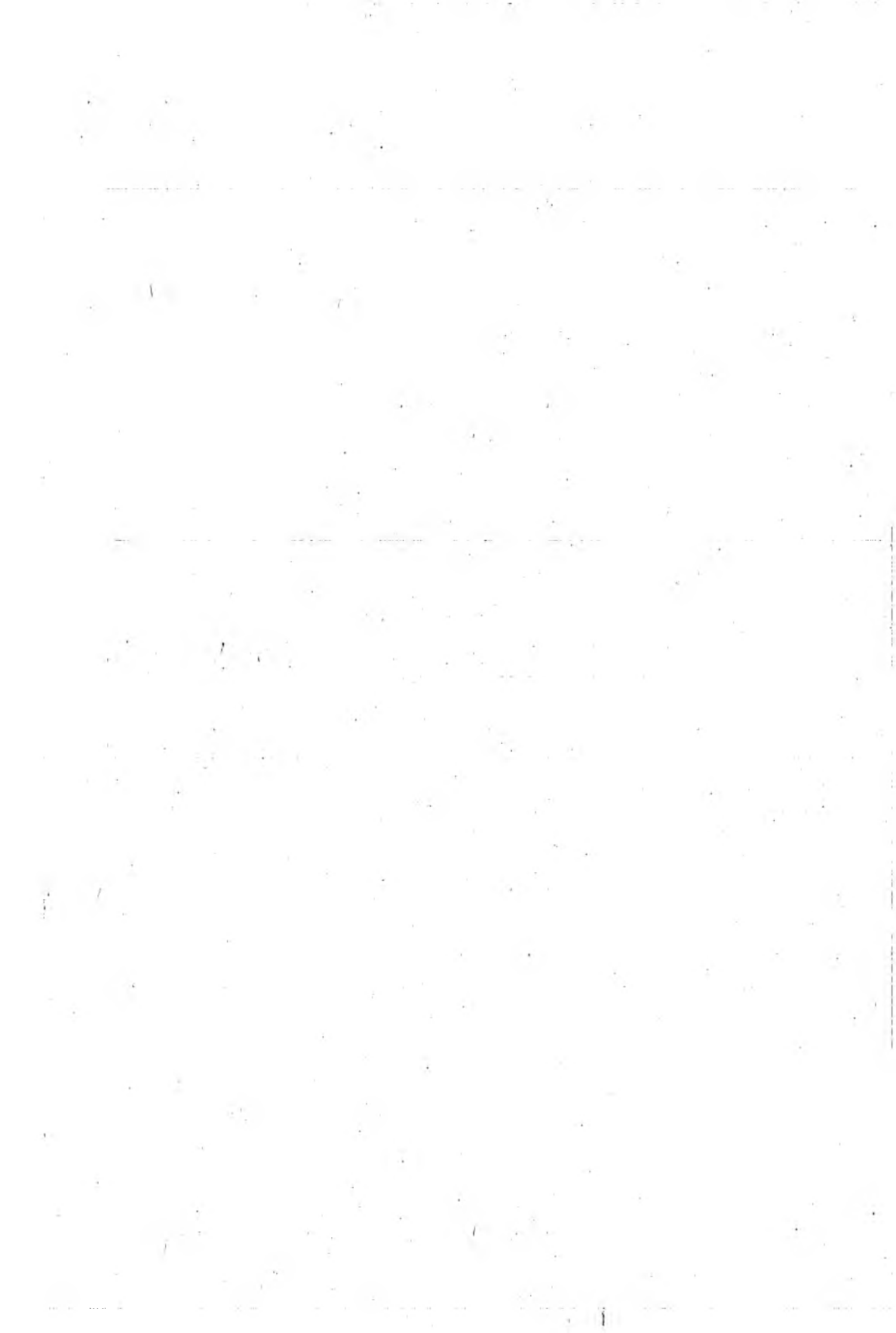
**En conclusión,** por las razones expuestas, considero que la Sala debió proferir sentencia de mérito y declarar la nulidad del acto cuestionado.

Bogotá, 4 de febrero de 1976.

*Humberto Mora Osejo.*

**CAPITULO TERCERO**

**ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS  
DEL ORDEN NACIONAL**



## SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**PATENTES.**— La persona que solicite una patente en determinado país, puede pedirla en otro para la misma invención, haciendo uso de cuatro formas diferentes: patente original, patente de introducción, patente de confirmación y reivindicando una prioridad.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., enero dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alfonso Arango Henao**).

La sociedad extranjera Rohm and Haas Company, de Philadelphia, estado de Pensilvania en los Estados Unidos de Norte América, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó, en escrito presentado el 16 de enero de 1974 ante la Secretaría de la Sección Primera, la nulidad de las Resoluciones 962 de 21 de octubre de 1971 y 252 de 6 de junio de 1972, expedidas ambas por el señor Superintendente de Industria y Comercio, y la 480 de 5 de septiembre de 1973 emanada del Ministerio de Desarrollo Económico, todas las cuales contienen la negativa de patente de invención para amparar el invento denominado “preparaciones de 3-isotiazolonas y sus sales, composiciones agrícolas que las contienen, útiles en el control de organismos vivos”.

Como restablecimiento del derecho solicita sea expedida una orden a la Superintendencia de Industria y Comercio para que otorgue la correspondiente patente de invención, “por encontrarse cumplidos todos los trámites que ordena la ley para la expedición de patentes de privilegio de invención”.

Los hechos fundamentales de la acción los expone el libelo así:

“a) La sociedad Rohm and Haas Company de Philadelphia, estado de Pensilvania, Estados Unidos de América, solicitó, mediante apoderado a la División de Propiedad Industrial del entonces Ministerio de Fomento el 25 de marzo de 1968, la concesión de privilegio de patente de invención para el invento denominado “isotiazolonas, manufactura de los mismos, y su uso en composiciones funcionales” y al efecto acompañó los recibos de la Administración de Impuestos Nacionales que acreditaban el pago de los derechos fiscales y de publicación, el extracto de la soli-

cidad y la descripción y reivindicaciones del invento. Dicha solicitud fue radicada en la División de Propiedad Industrial bajo el número 108738;

b) En el memorial de solicitud se mencionó que la solicitud de patente colombiana correspondía a las solicitudes de patentes estadounidenses números 621770, 621780 y 672437, presentadas ante la Oficina de Patentes de los Estados Unidos de América el 9 de marzo de 1967 las dos primeras, y el 3 de octubre de 1968 la última.

Las solicitudes números 621770 y 621780 fueron desistidas por la sociedad solicitante y la solicitud número 672437 fue concedida como patente de invención el 4 de agosto de 1970 bajo el número 3523121. Ninguna de las tres solicitudes había sido publicada ni hechas accesibles al público en forma alguna cuando se radicó en Colombia la solicitud de patente número 108738;

c) Mediante memorial presentado por el apoderado de la sociedad mencionada a la División de Propiedad Industrial el primero de abril de 1968 se modificó el título de invención por el siguiente: "Preparaciones de 3-isotiazoles y sus sales, composiciones agrícolas que las contienen, útiles en el control de organismos vivientes";

d) El 13 de mayo de 1968 el apoderado de la sociedad Rohm and Haas Company presentó a la División de Propiedad Industrial el documento mediante el cual se autorizó el traspaso, a favor de la sociedad mencionada, de los derechos de los inventores;

e) El 21 de mayo de 1968 el apoderado de la sociedad Rohm and Haas Company presentó el poder que lo facultaba para obrar en la tramitación de la solicitud de patente mencionada;

f) El 11 de septiembre de 1968 la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial emitió el concepto número 723-68 rechazando las reivindicaciones números 1, 2, 12, 13 y 14 por referirse a un producto de posible aplicación en el ser humano y aceptando las demás reivindicaciones por referirse al procedimiento;

g) El 9 de diciembre de 1968 el apoderado de la sociedad Rohm and Haas Company solicitó una reconsideración del concepto arriba mencionado con base en que la invención se refería a productos netamente agrícolas y no de uso humano, máxime teniendo en cuenta el alto grado de toxicidad que caracteriza a los productos químicos materia de la invención;

h) El 9 de mayo de 1969 el Jefe de la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio dictó el concepto número 355 de 1969 según el cual "sí puede accederse a la presente solicitud en todas sus reivindicaciones, dejando la constancia en la resolución respectiva de que la posibilidad de uso humano queda descartada";

i) El 25 de agosto de 1969 se publicó en la Gaceta de la Propiedad Industrial número 131 el extracto correspondiente a la invención arriba mencionada. El término para presentar oposiciones venció el 6 de octubre de 1969, sin que se presentaran oposiciones contra dicha solicitud;

j) El 9 de marzo de 1971 la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial volvió a conceptuar que: "La presente solicitud cumple con los requisitos técnicos exigidos para la concesión del privilegio solicitado";

k) El 4 de mayo de 1971 la División de Propiedad Industrial dictó un auto por medio del cual se ordenó al interesado allegar al expediente la patente concedida a la solicitud extranjera, correspondiente a la solicitud de patente colombiana;

l) El 1º de junio de 1971 el doctor José Lloreda Camacho como apoderado de Rohm and Haas Company presentó un memorial insistiendo en que la solicitud de patente arriba mencionada consiste en una patente original y no de confirmación;

m) El 16 de junio de 1971 la División de Propiedad Industrial dictó un auto ordenando estarse a lo dispuesto en el auto de fecha 4 de mayo de 1971 con base en que "la presente solicitud sólo será viable para obtener patente de confirmación que **presupone** (lo subrayado es mío) la concesión previa del privilegio en el exterior";

n) El 21 de octubre de 1971 la Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en la Ley 31 de 1925, dictó la Resolución número 962 mediante la cual resolvió no acceder a la solicitud de patente original presentada por mi poderdante y ordenó que se continuara su trámite como patente de confirmación. Los argumentos de la Superintendencia para dictar esta resolución fueron, en síntesis, los siguientes:

1. Que la legislación vigente sobre propiedad industrial establece el principio de novedad absoluta o universal para la concesión de privilegios de patente a los autores de inventos o descubrimientos útiles y que, por consiguiente, la ley determina muy claramente que antes de la fecha de la solicitud en Colombia la invención no debe haberse hecho accesible al público y al efecto cita los artículos 1º, 2º y 23 de la Ley 31 de 1925.

2. Que la preexistencia de una solicitud en el extranjero para el mismo invento obieto de la solicitud colombiana, hace presumir que dicho invento se ha hecho accesible al público y que, por lo tanto, carece de novedad.

3. Que, a pesar de que el artículo 9º de la Ley 31 de 1925 no obliga al examen de novedad, la presunción de certeza de las afirmaciones sobre novedad y utilidad del invento no obra cuando por manifestación expresa de peticionario o de un tercero se establece la falta de novedad del invento, en el presente caso debida a la preexistencia de una solicitud en el extranjero; y

4. Que en vista de la falta de novedad del invento, en Colombia sólo es viable la concesión del privilegio de patente de confirmación, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 31 de 1925 que admite excepcionalmente la concesión de patentes que no cumplan con el requisito de novedad absoluta o universal para el caso de confirmar los privilegios concedidos en el extranjero;

o) El 19 de noviembre de 1971, el doctor José Lloreda Camacho, dentro del término legal, interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra la resolución mencionada en el numeral anterior;

p) El 6 de junio de 1972 la Superintendencia de Industria y Comercio dictó la Resolución número 252 por medio de la cual confirmó la providencia de fecha 21 de octubre de 1971 y otorgó, en el efecto suspensivo, el recurso subsidiario de apelación. En esta oportunidad la Superintendencia confirmó sus puntos de vista anteriores, agregando, sin embargo, lo siguiente:

1. Que el conocimiento de la invención, independientemente de quien conoce, cómo conoce y dónde conoce, coloca a la invención en el estado de la técnica; y

2. Que para evitar la pérdida de la novedad de las patentes de invención se estableció, mediante el convenio de París el 20 de marzo de 1883, el principio de la prioridad, el cual fue introducido en la legislación colombiana mediante el Decreto 410 de 1972. Este decreto, sin embargo, sólo entró en vigencia en enero primero de 1972, es decir, dos años después que se había presentado la solicitud mencionada.

g) El 5 de septiembre de 1973 el Ministerio de Desarrollo Económico dictó la Resolución número 480 por medio de la cual confirmó la Resolución número 962 del 21 de octubre de 1971, originaria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Las razones que tuvo el Ministerio para confirmar las providencias del inferior fueron substancialmente las mismas que había escrivido la Superintendencia de Industria y Comercio. El Ministerio, además, mantuvo la aplicabilidad del artículo 9º de la Ley 31 de 1925 en cuanto "faculta al Gobierno para verificar en cualquier tiempo la exactitud de las declaraciones en las solicitudes y descripciones respectivas" y luego entró a declarar que "es lógico que si con anterioridad a la presentación de una solicitud en Colombia ya se ha hecho en otro país, la que se concede en el nuestro, no puede ser patente original, porque la original sería aquella en donde se hizo la solicitud inicial".

Finalmente el Ministerio, después de aplicar exhaustivamente la Ley 31 de 1925 para confirmar la resolución del inferior, termina la parte motiva de la resolución mencionada diciendo que "este desocho concluye que la legislación aplicable es el nuevo Código de Comercio que entró a regir el primero de enero de 1972", sin darse cuenta que al sostener esto dejaba sin fundamento todos sus argumentos anteriores.

r) La resolución del Ministerio de Desarrollo Económico arriba mencionada fue notificada por edicto fijado en la Secretaría de la División de Propiedad Industrial el 17 de septiembre de 1973 y desfijado el 21 de septiembre del mismo año".

Es del caso anotar que los actos impugnados fueron expedidos en vigencia de dos legislaciones diferentes, en relación con las patentes de invención. Por ello, según la demanda, los actos impugnados violan los artículos 1º, 2º, 4º, 6º y 23 de la Ley 31 de 1925, a la par que el artículo 534 del Código de Comercio en cuanto a la novedad de la

invención, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en lo relacionado con el tránsito de la legislación y el artículo 699 del Código Judicial, todo lo cual se predica de la Resolución 962 acusada. Por lo que hace a las Resoluciones 252 y 480, afirma el demandante que con ellas se quebrantan las mismas disposiciones de orden superior citadas, en armonía con el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, por aplicar indebidamente el Código de Comercio al resolver los recursos; pero si la aplicación fue correcta, agrega, entonces la violación es para los artículos 534 y 535 y parágrafo del artículo 544, todos del Código de Comercio.

La Sala Plena del Consejo se ha ocupado en el estudio de la competencia de esta corporación para conocer de negocios como el presente y de las normas aplicables a situaciones como la planteada en la demanda, en vista del tránsito de legislación que se operó al entrar en vigencia el 1º de enero de 1972 la parte pertinente del nuevo Código de Comercio relacionada con la propiedad industrial. Y esta corporación, aplicando el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que trata sobre el tránsito de la legislación, ya definió que es del conocimiento del Consejo lo atinente a procesos sobre la propiedad industrial que se relacionen con negativas a patentes de invención, con actos administrativos que decidan sobre oposiciones a registros de marcas y con actos de la administración que se pronuncien sobre el depósito de nombres o de emblemas comerciales. De tal suerte que no habiendo duda alguna sobre la competencia del Consejo para conocer de negocios como el presente, se procede a estudiar los planteamientos hechos por la actora, con el objeto de definir la situación de los actos administrativos enjuiciados.

El señor Fiscal Primero de esta corporación, insistiendo en sus puntos de vista consignados en otro negocio similar al presente, los cuales repite como respaldo a su concepto de fondo, opina que, con base en los documentos allegados a este proceso, las peticiones de la demanda deben tener prosperidad.

Tres son los actos acusados, dos de ellos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y el otro por el Ministerio de Desarrollo Económico. Los tres se refieren a un mismo punto que consiste en la negativa a conceder patente de invención en favor de la actora, para amparar una "preparación de 3-isotiazolonas y sus sales; composiciones agrícolas que las contienen, útiles en el control de organismos vivos". Esta negativa aparece en la Resolución 962 de 21 de octubre de 1971 de la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, la cual fue recurrida en reposición y en apelación subsidiaria por la peticionaria que es la actora dentro del presente negocio. Esta resolución que se expidió el 21 de octubre de 1971, está basada, como es natural, en la legislación anterior al Código de Comercio actual, contenido en el Decreto extraordinario 410 de 27 de marzo de 1971 que, por disposición de su artículo 2038, debería empezar a regir, en lo pertinente, el 1º de enero de 1972.

Los otros dos actos acusados, el primero de ellos y segundo demandado, desató el recurso de reposición y por lo mismo tiene el mismo origen del anterior. Consiste en la Resolución 252 de 6 de junio de 1972 que resolvió no reponer "la providencia de fecha octubre 21 de



1971" y conceder el recurso subsidiario de apelación, para lo cual dispuso el envío del expediente 108738 al señor Ministro de Desarrollo Económico (Oficina Jurídica) para el estudio del recurso de alzada. Esta resolución, según se deduce de su fecha, fue expedida estando en vigencia la nueva legislación consignada en el Código de Comercio de 1971. El tercer acto demandado, originario del Ministerio de Desarrollo Económico, se expidió para resolver un recurso, el 5 de septiembre de 1973 y consistente en la Resolución 480 que declaró agotada la vía gubernativa, tras de confirmar la "Resolución número 962 de 21 de octubre de 1971, originaria de la Superintendencia de Industria y Comercio". Se apunta con relación al tercero y último acto, ahora demandado, que fue expedido dentro de la vigencia del actual Código de Comercio.

La primera de las resoluciones aludidas, hoy impugnadas, no presenta dificultad alguna en relación con la ley que a ella se debe aplicar, porque cuando se expidió sólo existía la legislación de marcas y patentes consignada en las Leyes 31 de 1925, 94 de 1931 y demás concordantes con éstas. Pero en relación con las dos últimas resoluciones podría presentarse alguna dificultad en relación con la ley aplicable a ellas, si no existiera la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que dice al respecto: "Las leyes concernientes a sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Entonces, si el proceso administrativo o las diligencias tendientes a la consecución de una patente de invención se iniciaron antes de la expedición de la Resolución 962, parece muy claro que ese procedimiento se debe continuar, hasta la culminación, con las leyes vigentes "al tiempo de su iniciación", procedimiento que sólo culminó con el agotamiento de la vía gubernativa, esto es, en la fecha en que quedó en firme la Resolución 480 de 1973, expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico. Esto hace pensar a la Sala que el presente negocio debe decidirse con fundamento en la legislación anterior al Código de Comercio y con prescindencia de éste. Mas si el argumento presentado fuere débil o insuficiente, cabe anotar que los recursos de apelación y subsidiario de apelación en contra de la Resolución 962, se interpusieron antes de entrar en vigencia el nuevo Código de Comercio, pero estando vigente el nuevo estatuto de procedimiento civil que dispone en su artículo 699 que "En los procesos iniciados antes, (de la vigencia del Código, desde luego), los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes de recurso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación". Está claro, entonces, que el enjuiciamiento de los actos demandados por la Rohm and Haas Company, debe hacerse con sujeción a la legislación anterior, sin tener en cuenta las disposiciones del Código de Comercio actual.

Se dice que los actos acusados violan, en primer término, la Ley 31 de 1925 en sus artículos 1º, 2º, 4º y 23, simplemente porque la negativa por parte de la administración se basa en que no existe novedad en el invento cuya patente se solicita, debido a que el peticionario informó

que con anterioridad a su solicitud, la misma compañía había solicitado patente para el mismo invento en los Estados Unidos de Norte América, pero que hasta el momento de formular la petición en Colombia, aún no se había concedido la patente en ese país extranjero.

Sobre el particular cabe considerar que la persona que solicite una patente en determinado país, puede pedirla en otro para la misma invención, haciendo uso de cuatro formas diferentes: a) Como patente original, antes de que la invención haya pasado al estado de la técnica, esto es, antes de "que haya sido publicada o conocida suficientemente para poder ser ejecutada"; b) Como patente de introducción, esto es, solicitando que se admita en un país la patente concedida en otro, aunque el descubrimiento haya pasado al estado de la técnica; c) Como patente de confirmación, esto es, solicitando que se admita en un país patente otorgada en otro, antes de que el descubrimiento haya pasado al estado de la técnica; y d) Reivindicando una prioridad, esto es, solicitando en un país la expedición de una patente para una invención respecto de la cual se ha depositado igual petición en otro, de modo que se reputa que la segunda solicitud tiene, para apreciar su validez, la misma fecha y condiciones que la primera.

Antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, nuestra legislación reconocía la patente original (Art. 23, Ley 31 de 1925) y la patente de confirmación (Art. 6º, *ibidem*).

No reconocía nuestro derecho ni la patente de introducción ni la reivindicación de prioridad, pues aunque en relación con ésta el país aprobó la convención de París de 1883, en su revisión de Lisboa (1958), por medio de la Ley 35 de 1969 (diciembre 29), publicada en el Diario Oficial número 32974 de enero 22 de 1970, no se efectuó el canje de ratificaciones en la oportunidad señalada por el propio convenio, por lo cual éste nunca entró a regir en Colombia.

Hoy reconoce el Código de Comercio la patente original y la reivindicación de prioridad (Art. 534 y ss. y parágrafo del Art. 544, C. de Co.). Mas, como se ha dicho, es a la legislación anterior al Código de Comercio en vigor que precisa estarse para resolver el presente caso.

Consta en los autos que el 25 de marzo de 1968, el apoderado de la actora dentro del presente negocio, solicitó del entonces Ministerio de Fomento, por conducto de su División de Propiedad Industrial, la concesión del privilegio de patente de invención para un invento denominado "Isotiazolonas, manufactura de los mismos y su uso en composiciones funcionales", del cual dijo el peticionario que corresponde "a las solicitudes de patentes estadounidenses números 621770 y 672437, presentadas el 9 de marzo de 1967, las dos primeras y el 3 de octubre de 1967, la última". En esta solicitud se dijo quiénes eran los inventores y con la petición se presentaron el documento de cesión y su correspondiente traducción al castellano, por parte de los inventores a Rohm and Haas Company.

La negativa al otorgamiento de la patente pedida por Rohm and Haas Company se fundamentó, según la Resolución 962, en que la legislación vigente en la fecha en que tal acto se expidió, "está determinando, muy claramente, que antes de la fecha de la solicitud en

Colombia la invención no debe haberse hecho accesible al público”, al tenor de la Ley 31 de 1925. Y, como el artículo 23 de la misma ley en cita contempla la teoría del desconocimiento absoluto por parte de terceros, la Resolución 962 sienta unas hipótesis que podrían desvirtuar la presunción del desconocimiento de la invención por parte de terceros, por lo cual, en cualquiera de las cuatro hipótesis que plantea, se podría afectar “la novedad absoluta del invento, impidiendo el otorgamiento de la patente como original, al tenor del artículo 23 de la Ley 31 de 1925...”.

El artículo 23 que se ha mencionado dice que ningún invento, descubrimiento o aplicación será considerado nuevo si con anterioridad al recibo de la solicitud en Colombia, él ha **“sido publicado y conocido suficientemente para poder ser ejecutado”**. Entonces, el caso debatido, se limita a establecer si el 25 de marzo de 1968, fecha de la solicitud de patente en Colombia, había sido o no “publicado” o “conocido suficientemente” el procedimiento pretendido para que se pudiera ejecutar. Al respecto se tiene:

La compañía extranjera que pretende la concesión de la patente, por medio de su apoderado fue muy clara al afirmar que la patente que pedía corresponde a unas solicitudes de patentes estadinenses que identifica por sus números y fechas de presentación en los Estados Unidos de Norte América, por lo que a primera vista pudiera pensarse que se trata de una solicitud de patente de confirmación. No obstante, el análisis de la solicitud en su conjunto, de sus anexos, pruebas y alegatos de la actora, llega a la conclusión de que se está en presencia de una solicitud de patente original.

Ahora bien, las solicitudes hechas en el extranjero no significan necesariamente que el invento “haya sido publicado y conocido suficientemente para poder ser ejecutado”. Con copias auténticas de las normas que rigen sobre el particular, se ha demostrado en el presente caso que la legislación estadinense no permite la publicación de los inventos sino una vez que la patente haya sido concedida. Y tampoco las hipótesis que plantea la administración son suficientes para afirmar que el invento cuya patente de privilegio se persigue, ha perdido su reserva o ha pasado al conocimiento del público, debido a publicidad que no se ha efectuado, pues las pruebas presentadas por la actora dicen otra cosa. Los fundamentos que tuvo la administración para negar la patente son puramente hipotéticos y por lo mismo, no soportan una determinación de las consecuencias jurídicas como las que ha tomado en la Resolución 962 ahora impugnada.

Es la misma compañía solicitante en Estados Unidos de Norte América, quien por intermedio del señor W. F. Simons dice que las solicitudes formuladas en ese país, “no fueron puestas a la disposición del público antes del 25 de marzo de 1968”, fecha en la cual, también se ha demostrado plenamente en este juicio, esa misma compañía pidió el privilegio de patente de invención para el mismo procedimiento. (Véanse folios 3 y 4, cuaderno N° 2, pruebas de la parte demandante).

El Departamento de Comercio de los EE. UU., Oficina de Patentes, dice que de conformidad con el Código de ese país y con las reglas de procedimiento en casos de patentes, “las solicitudes de patentes son

conservadas en secreto por la Oficina de Patentes de los Estados Unidos y no son publicadas ni abiertas a inspección del público hasta que la patente se expida y las solicitudes de las que se ha desistido son conservadas en secreto, y no son publicadas por la Oficina de Patentes de los Estados Unidos ni abiertas a la inspección del público a menos que la solicitud que se ha abandonado esté mencionada en una patente de los Estados Unidos". Y sobre las patentes que se mencionan en la solicitud hecha en Colombia, dice esa misma entidad que "fueron conservadas en secreto, de conformidad con dicha ley y dichas reglas y no se abrieron a la inspección del público hasta la expedición de la patente de los Estados Unidos N° 3523121, el 4 de agosto de 1970", esto es, dos años y cuatro meses después de haberse presentado la solicitud ante el Ministerio de Fomento. (Ver folios 10 y 11, cuaderno N° 2).

A folios 27 a 38 del mismo cuaderno en referencia, obran constancias o certificaciones de la Oficina de Patentes, que confirman que las solicitudes de patentes de invención presentadas en los Estados Unidos de Norte América, se mantienen siempre en reserva durante toda su tramitación, lo cual está confirmado dentro del expediente con testimonios, legalmente allegados a él, de varios abogados estadinenses y con apartes de la ley de patentes que también se han traído a los autos con las formalidades de rigor.

Estas pruebas son suficientes para dejar sin pie la Resolución 962 acusada, pues, según se ha visto, ésta confundió una solicitud de patente formulada en los Estados Unidos de Norte América con la publicidad y suficiente conocimiento del invento, y en tal error fundamentó la negativa que movió a la actora a demandar su nulidad por violación del artículo 23 de la Ley 31 de 1925, el cual, para la Sala, aparece quebrantado con el acto que se acusa y que por lo mismo merece su anulación.

En cuanto a las otras resoluciones acusadas, la 252, que resolvió la reposición, y la 480, que desató la apelación, cabe observar que si en verdad ambas fueron dictadas dentro de la vigencia del nuevo Código de Comercio, ellas se limitaron a desatar los recursos por la vía gubernativa, recursos que debieron regirse únicamente por la legislación anterior, en cumplimiento del artículo 699 del Código de Procedimiento Civil, en vigencia desde el primero de julio de 1971. Por este simple y breve razonamiento, las Resoluciones 252 y 480 también deben ser anuladas, pues quebrantan las normas del Código de Comercio de 1971 en que se apoyan, inaplicables al caso que se juzga y las citadas de la Ley 31 de 1925.

Como se ha pedido, según se anotó anteriormente, el restablecimiento del derecho, haciéndolo consistir en dar una orden a la Superintendencia de Industria y Comercio para que expida la correspondiente patente de invención, la Sala encuentra procedente esta solicitud y teniendo en cuenta que se han llenado todos los requisitos exigidos por el procedimiento administrativo para el logro pretendido, así se habrá de decretar en la parte resolutive de esta providencia.

Consecuente con lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su Fiscal colaborador, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

Primero. **Son nulas** las Resoluciones 962 de once de octubre y 252 de seis de junio, ambas de mil novecientos setenta y dos, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, y la Resolución 480 de septiembre cinco de mil novecientos setenta y tres, emanada del Ministerio de Desarrollo Económico.

Segundo. Como restablecimiento del derecho lesionado se ordena al Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, que dentro del plazo fijado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo y en vista de que se cumplieron a cabalidad todas las exigencias legales y reglamentarias para el otorgamiento de la patente solicitada por Rohm and Haas Company, proceda a otorgar en favor de esta sociedad extranjera, la patente pedida desde el cinco de marzo de 1968, para el invento "Isotiazolonas, manufactura de los mismos y su uso en composiciones funcionales".

Tercero. Déjese constancia que esta providencia fue aprobada en sesión del día de hoy, según consta en el acta respectiva y una vez en firme, devuélvanse los antecedentes administrativos a la oficina de origen, a donde se comunicará este fallo, y archívese el expediente.

Publíquese en la Gaceta de Propiedad Industrial.

Revalídese el papel.

Cópiese y notifíquese.

*Alvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*



## DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.**— Por concepto de pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior. Los pagos o abonos hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974 (fecha del Decreto 2053) se rigen por las normas entonces vigentes, sin que haya lugar a reajuste del 20% al 40%, pues éste sólo opera para los pagos hechos con posterioridad a la referida fecha. Se declara la nulidad del párrafo 3º de la circular N° 006 de 1975, del Director General de Impuestos Nacionales.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.**— Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**)

Ref.: Expediente número 3200. Actor: Ignacio Chiappe Lemos.

El Director General de Impuestos Nacionales expidió la circular número 006 de 1975, que textualmente dice:

“Al tenor de lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 6ª de 1973, el impuesto sobre la renta por concepto de pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior se causaba en el momento del pago o abono en cuenta; surgía en el mismo instante la obligación para quien efectuaba el pago o abonaba en cuenta de retener el 20% de su valor nominal; cumplida esta obligación, el retenedor quedaba a paz y salvo con el Estado por tal concepto.

“Dentro de la vigencia del Decreto 2053 del 30 de septiembre de 1974, en relación con pagos o abonos en cuenta que se efectúan a partir de su fecha, la obligación para los retenedores si bien surge en el mismo momento y por el mismo concepto, se deberá cumplir ya no con aplicación de la tarifa del 20% sino con la del 40%, excepto en los casos contemplados en el artículo 70 del Decreto 2247 de 1974. Es decir, el retenedor en ningún momento queda obligado a hacer reajustes con aplicación de la tarifa nueva, en relación con pagos o abonos hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974. Obviamente en el momento del giro de utilidades pagadas o abonadas en cuenta con anterioridad a la fecha men-

cionada deberá demostrarse esta circunstancia con el recibo de consignación de la retención.

“Lo anterior sin perjuicio de las consecuencias del cambio de la legislación en cuanto al tratamiento a dar al contribuyente, pues la norma aplicable a éste en relación con su renta por el año de 1974 es la ley vigente en 31 de diciembre del dicho año, de modo que si la tarifa es del 40% el contribuyente deberá hacer el reajuste del caso en la declaración que debe presentar al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 2821 de 1974, que dice:

“Las personas naturales, las sucesiones de causantes extranjeros y las entidades extranjeras, deberán presentar declaración, cuando no obstante carecer de residencia o domicilio en Colombia, posean bienes en ésta u obtengan rentas cuya fuente esté en su territorio.”

El ciudadano y doctor en derecho Ignacio Chiappe Lemos ha pedido al Consejo de Estado declare la nulidad de la transcrita circular porque considera que carece de lógica la conclusión según la cual “el contribuyente deberá hacer el reajuste del caso en la declaración que deberá presentar al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 2821 de 1974”, entre otras cosas porque antes del 30 de septiembre de 1974 las personas no domiciliadas en el país no tenían que presentar declaración de renta y por tanto la obligación de hacerlo sólo cubre los períodos posteriores al 30 de septiembre de 1974.

Acusa a la referida instrucción de ser violatoria de los artículos 52 y 53 del Código Político y Municipal, 14 y 15 de la Ley 6ª de 1973 y 1º de la Ley 28 de 1967, porque extiende los efectos de la reforma tributaria de 1974 “a las rentas percibidas por personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio en el país”.

En el auto admisorio de la demanda no se accedió a suspender provisionalmente los efectos del acto acusado, determinación que confirmó la Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica.

Se constituyó parte impugnadora el doctor Fabio Narváez Ocampo, en su condición de funcionario-abogado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, y de su escrito de oposición se copian los siguientes conceptos:

“El artículo 142 del Decreto 2053 de 1974, expresa:

“El presente decreto se aplicará al año gravable de 1974, salvo en los casos expresamente exceptuados en el mismo’.

“Este decreto no estableció excepciones para la aplicación, en relación con el año gravable de 1974, de su artículo 134, cuyo numeral 1º fue modificado por el artículo 70 del Decreto-ley 2247 de 1974, por lo cual quienes hagan pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia a personas naturales extranjeras sin residencia ni apoderado en Colombia o a sucesiones ilíquidas de extranjeros que no eran residentes en Colombia, cuan-

do estas sucesiones no tuvieran constituido en este país un apoderado, deberán retener el impuesto sobre la renta a la tarifa del 40%; la retención, en el caso del artículo 70 del Decreto-ley 2247 de 1974, se hará, según la ocurrencia de los hechos que este artículo plantea, bien al 20% o al 40%.

“De acuerdo a los artículos 1º y 6º del Decreto legislativo Nº 2053 de 1974, las personas naturales o jurídicas, residentes en el exterior, son sujetos pasivos del impuesto de renta y deben denunciar sus ingresos.

“El inciso 2º del artículo 1º del Decreto número 2821 de 1974, expresa:

“Las personas naturales, las sucesiones de causantes extranjeros y las entidades extranjeras, deberán presentar declaración, cuando no obstante carecer de residencia o domicilio en Colombia, posean bienes en ésta y obtengan renta cuya fuente esté en su territorio’.

“Es sabido que sólo en 31 de diciembre de cada ejercicio fiscal o en el último día de la fracción anual por la cual se declare, en los casos que legalmente se presenta esta situación, se consolida para efectos impositivos el ciclo declarable; por ello, las normas que rijan en la finalización de tales períodos son las aplicables con miras a establecer los gravámenes que deban liquidarse a los contribuyentes, y así, entre otras situaciones, las tarifas impositivas que rijan en la finalización de estos períodos, son las aplicables a las bases impositivas que aparezcan.

“Por lo expuesto, es lógico que las retenciones en la fuente, efectuadas en el año gravable de 1974 por concepto de pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior, con anterioridad al 30 de septiembre de 1974, son reajustables del 20% al 40%, con fundamento en el artículo 134 y 142 del Decreto-legislativo 2053 de 1974”.

El Fiscal 3º del Consejo en la vista de fondo transcribe los siguientes apartes de la sentencia de 2 de octubre de 1974 proferida por esta Sección Cuarta en el proceso radicado bajo el número 2608:

“... 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 efectúen los pagos o abonos, no se causan por períodos anuales sino que se causan, se liquidan, se retienen y se crea la obligación de ser consignados en la administración de hacienda correspondiente, en forma única y automática, 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 complementario, 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.

“Bastaba para ello, leer los textos pertinentes de: la Ley 28 de 1967; del artículo 1º del Decreto-ley 1651 de 1961 o el del 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’.”

El concepto del Ministerio Público es así:

“El Ministerio Público comparte el criterio expresado por el Consejo en la sentencia de 2 de octubre de 1974. En realidad, bajo el régimen en que esa jurisprudencia se produjo, la concepción general del impuesto de renta y complementarios no se podía aplicar al caso especial del gravamen único con retención en la fuente consagrado por el Decreto 1356 de 1967 porque a ello se oponía, como razón fundamental, la acertada interpretación de que la modalidad establecida por la ley era un ‘medio liberador de la obligación, también general, de hacer la declaración de renta y patrimonio para cada anualidad fiscal a fin de consolidar el ingreso bruto total de cada contribuyente y el inventario patrimonial en 31 de diciembre de cada año’. Ciertamente: para calcular la renta anual es imprescindible que el contribuyente esté obligado a presentar denuncia rentística; de manera que si no existe para él esa obligación, es evidente que no está sometido a la anualidad del impuesto.

“Pero el régimen vigente en la fecha de la decisión comentada, varió fundamentalmente por virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 2821 de 1974 al ordenar que ‘las personas naturales, las sucesiones de causantes extranjeros y las entidades extranjeras deberán presentar declaración, cuando no obstante carecer de residencia o domicilio en Colombia, posean bienes en ésta u obtengan rentas cuya fuente esté en su territorio’.

“El Decreto legislativo 2053 de 1974 es aplicable al año gravable de 1974, salvo en los casos expresamente exceptuados en el mismo. Y, en consecuencia, quienes hagan pagos o abonos en cuenta, por concepto de rentas gravables en Colombia, a personas naturales extranjeras sin residencia ni apoderado en el país, deben

retener el impuesto a la tarifa del cuarenta por ciento (40%), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de ese estatuto y en el artículo 70 del Decreto 2247 de 1974.

“La Fiscalía no encuentra, pues, ninguna violación de normas superiores en la circular 006 de la Dirección General de Impuestos Nacionales”.

En firme el auto de citación para sentencia, se procede a resolver la cuestión controvertida, previas las siguientes

### Consideraciones

La Sala concuerda plenamente con el Director General de Impuestos Nacionales cuando en la circular expresa los conceptos contenidos en los dos primeros incisos y que pueden resumirse así:

a) Al tenor de lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 6ª de 1973, el impuesto sobre la renta por concepto de pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior se causaba en el momento del pago o abono en cuenta; surgía en el mismo instante la obligación para quien efectuaba el pago de retener el 20% de su valor nominal; cumplida esta obligación el retenedor quedaba a paz y salvo con el Estado por tal concepto;

b) Dentro de la vigencia del Decreto legislativo número 2053 de 30 de septiembre de 1974, en relación con tales pagos o abonos que se efectúan a partir de esa fecha la obligación para los retenedores si bien surge en el mismo momento se deberá cumplir ya no con aplicación de la tarifa del 20% sino con la del 40%, excepto en los casos contemplados en el artículo 70 del Decreto legislativo 2247 de 1974;

c) En el caso contemplado en el ordinal inmediatamente anterior, el retenedor en ningún momento queda obligado a hacer reajustes con aplicación de la tarifa nueva en relación con pagos o abonos hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974. La prueba del cumplimiento de la obligación tributaria tiene que ser el recibo de consignación de la cantidad retenida.

La parte de la instrucción que dio ocasión a la demanda es la contenida en el inciso tercero, que dice:

“Lo anterior sin perjuicio de las consecuencias del cambio de la legislación en cuanto al tratamiento a dar al contribuyente pues la norma aplicable a éste en relación con su renta por el año de 1974 es la ley vigente en 31 de diciembre del dicho año, de modo que si la tarifa es del 40% el contribuyente deberá hacer el reajuste del caso en la declaración que debe presentar al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 2821 de 1974”.

En el auto admisorio de la demanda el Consejero sustanciador manifestó que no encontraba violación alguna de la ley en el transcrito párrafo “ya que lo que parece decir el funcionario que expidió la circular es que los pagos o abonos hechos a partir del 30 de septiembre de 1974 deben ajustarse a las nuevas normas implantadas por la legislación de emergencia, así como a la obligación de presentar decla-

ración de renta, pero en manera alguna respecto de las operaciones anteriores a esa fecha”.

Sin embargo, el opositor de la acción, quien obra como funcionario de la Dirección General de Impuestos Nacionales, por lo que sus conceptos están revestidos de autoridad, expresa, como quedó visto arriba, que de acuerdo con las instrucciones de la circular acusada las retenciones hechas con anterioridad al citado día “son reajustables del 20% al 40%, con fundamento en los artículos 134 y 142 del Decreto legislativo 2053 de 1974”.

El colaborador Fiscal ha recordado la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el régimen tributario a que estaban sometidas las personas que se hallaban en las condiciones previstas en 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, que era un régimen especial, de impuesto único con retención en la fuente, que en cada caso se creaban y puntualizaban situaciones definidas, que no podían ser modificadas con posterioridad.

De acuerdo con esa jurisprudencia, contenida en sentencias de 30 de octubre de 1959, 16 de octubre de 1970, 18 de marzo de 1971, entre otras, quedó definido que en los casos a que se referían los artículos 27, 28 y 29 del Decreto-ley 1366 de 1967, el impuesto que debía ser retenido por quien hacía el pago o abono no se causaba por períodos anuales sino que se causaba, liquidaba y retenía en forma única y autónoma con cada operación de pago o abono en cuenta. Por lo mismo, todas esas situaciones ocurridas antes del 30 de septiembre de 1974, quedaron definidas y clausuradas bajo ese sistema y con las consecuencias señaladas.

Como se dice en la circular acusada, los Decretos legislativos 2053 y 2821 de 1974 cambiaron el sistema en relación con los pagos o abonos en cuenta hechos a personas naturales y jurídicas residentes en el exterior, que carezcan de residencia o domicilio en Colombia, ya que elevó la retención al 40% y además les impuso a las personas beneficiarias del pago la obligación de presentar declaración de renta.

Pero es claro que los pagos o abonos hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974 se rigen por las normas entonces vigentes, con las consecuencias señaladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin que haya lugar al reajuste del 20% al 40% en la declaración de renta como se dice en la circular, según interpretación que de ella hacen los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales. El reajuste es sólo para los pagos hechos con posterioridad a la referida fecha.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con el Fiscal Tercero, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **Falla:**

Se declara nulo el párrafo tercero de la circular número 006 de 1975 del Director General de Impuestos Nacionales en cuanto el rea-

juste pretende aplicarse a pagos o abonos en cuenta hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974.

Envíese copia de esta sentencia al funcionario referido para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y oportunamente archívese el expediente.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión verificada hoy veintidós de enero de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar T.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

## CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES

**PRIMA DE RETIRO POR JUBILACION.—** Para los servidores del ramo de comunicaciones, es salario que debe incluirse en la liquidación de las prestaciones sociales.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.—** Bogotá, D. E., treinta de marzo de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**).

Ref.: Juicio N° 3756. Demandante: Héctor José Rubio Romero. Autoridades nacionales.

En la demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el señor Héctor José Rubio Romero, por medio de apoderado, solicitó en acción de plena jurisdicción se declararan nulas las Resoluciones números 00050 del 13 de enero, 01824 del 11 de agosto, 02158 del 23 de octubre y 000045 del 14 de diciembre, todas de 1972, emanadas de la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, las tres primeras, y de la Junta Directiva de la misma entidad la última, y que en consecuencia se ordenara que en la liquidación de la pensión de jubilación del actor le fuera computada la prima de retiro que por valor de \$ 12.411.00 le fue pagada, todo con retroactividad a la fecha de su separación del servicio oficial.

Para fundamentar la acción el demandante expuso los hechos siguientes:

“Por reunir los requisitos legales, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, mediante el artículo 1º de la Resolución número 00050 de 13 de enero de 1972, reconoció y ordenó pagar a favor de mi representado una pensión mensual de jubilación vitalicia de \$ 4.017.86, a partir de la fecha en que acreditara su retiro definitivo del servicio oficial.

“La misma Caja expidió la Resolución número 01824 del 11 de agosto de 1972, por la cual modificó el artículo 1º de la Resolución número 00050 del 13 de enero del citado año, reconociéndole a mi mandante la pensión de jubilación en cuantía mensual de \$ 4.786.41, pagadera a partir del 16 de marzo de dicho año, día desde el cual él demostró haber quedado fuera del servicio oficial.

“Contra la Resolución número 01824, ya citada, mi poderdante interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, con el objeto de que se la reformara, en el sentido de que fuera computada en la liquidación de la pensión la prima de retiro por jubilación que, en cuantía de \$ 12.411.00 había recibido en su último año de trabajo, según consta en la relación de tiempo de servicios y de sueldos, primas y bonificaciones N° 274 del 23 de mayo de 1972, expedida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y que obra en el expediente gubernativo.

“La Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones dictó la Resolución número 02158 de 23 de octubre de 1972, por medio de la cual no accedió a la reposición pedida y concedió la apelación interpuesta, para ante la Junta Directiva de la Caja, Junta que a su turno emitió la Resolución número 000045 del 14 de diciembre de 1972, por cuyo artículo primero confirmó la providencia recurrida, quedando de esta manera agotada la vía gubernativa.

“La prima de retiro por jubilación o vejez fue establecida por medio del artículo 1° de la Resolución número 2596 del 4 de diciembre de 1969, de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, equivalente a tres meses del último sueldo básico devengado, a la que tienen derecho, conforme a su artículo 2°, “los empleados que cumplan el tiempo requerido para disfrutar de la pensión de jubilación o de vejez y que hubieren servido a Telecom o al Ministerio de Comunicaciones o a la Administración Postal, como mínimo quince (15) años, para la pensión de jubilación y diez (10) años para la pensión de vejez, continuos o discontinuos”. Tal es el caso del señor Rubio Romero, quien prestó sus servicios en las dos primeras entidades durante más de veinte años.

“Como las Resoluciones números 00050, 01824, 02158 y 000045 de 1972, de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, se abstuvieron de computar en la liquidación de la pensión de jubilación de mi patrocinado la prima de retiro por jubilación que él recibió, violan el artículo 30 de la Constitución Nacional y varias normas legales y lesionan los derechos sociales del señor Rubio Romero, por lo cual él demanda por mi conducto la nulidad de dichas resoluciones y el restablecimiento de su derecho violado. Para esta acción contencioso administrativa de carácter laboral se está dentro del término que señalan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 y la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, ratificada por la Sala Plena”.

Citó el actor como disposiciones transgredidas, los artículos 30 de la Constitución Nacional; 6°, párrafo 1°, del Decreto 1160 de 1947; 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 4° de la Ley 4ª de 1966; 2° de la Ley 5ª de 1969; 27 del Decreto extraordinario 3135 de 1968; 73 del Decreto 1348 de 1969; 21 del Decreto 1246 de 1946, y 1° y 2° de la Resolución número 2596 de 1969, de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

En un capítulo especial del libelo, el apoderado del actor expuso en amplio estudio jurídico los motivos de la violación.

Mediante sentencia del 9 de julio de 1975, cuyo grado jurisdiccional de consulta decide esta corporación, el Tribunal hizo estas declaraciones:

“1º Son nulas las Resoluciones números 00050 del 13 de enero, 01824 del 11 de agosto y 02158 del 23 de octubre de 1972, proferidas por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, y la número 000045 del 14 de diciembre del mismo año, originaria de la Junta Directiva de la misma entidad, en cuanto se abstuvieron de incluir como factor para liquidación de la pensión de jubilación al demandante Héctor José Rubio Romero, la partida que en cuantía de \$ 12.411.00 le fue reconocida y pagada por la misma entidad por concepto de prima de retiro por jubilación.

2º En consecuencia, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, en el término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, procederá a reajustar la pensión de jubilación reconocida al citado demandante y a partir de la fecha de su retiro del servicio oficial tomando en cuenta la mencionada suma de \$ 12.411.00 a que se hace referencia en el punto anterior, y en la proporción o porcentaje que legalmente corresponda”.

Siendo que la consulta se resuelve de plano, la Sala procede a ello, previas las siguientes

### Consideraciones

Se controvierte en este proceso si la prima de retiro por jubilación a que tienen derecho los empleados del ramo de telecomunicaciones se debe computar o no en la liquidación de las prestaciones sociales y, concretamente, en el reconocimiento de la pensión jubilatoria.

De conformidad con lo que aparece en el documento que obra a folio 10 del expediente, se tiene que el demandante recibió la suma de \$ 12.411.00, a título de prima de retiro, la cual no se incluyó en las resoluciones acusadas que reconocieron la pensión de jubilación del demandante.

Sobre la existencia de la prima corre en los autos la afirmación que hace el actor en el hecho 5º del libelo, antes transcrito, que da cuenta de que fue creada por el artículo 1º de la Resolución número 2596 del 14 de diciembre de 1969, expedida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, equivalente a tres meses del último sueldo básico devengado.

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones basa su negativa para incluir la prima de retiro en la liquidación de las prestaciones sociales de sus afiliados, en el hecho de que ella “no tiene su causa en la prestación de un servicio” y en que no implica directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente del mismo.

La Sala estima, en cambio, que la prima de retiro por jubilación sí es salario, por provenir su pago de la entidad nominadora, que en este caso es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, y no del organismo encargado de satisfacer las prestaciones sociales, es decir de Caprecom.

Considera también que la prima se causa por haber prestado servicios en Telecom, en el Ministerio de Comunicaciones o en la Administración Postal durante un mínimo de quince años, si se trata de pensión de jubilación, o de diez años, si lo es por pensión de vejez, o sea, que se genera en razón de la prestación de servicios.

De otra parte, para los servidores del ramo de comunicaciones la prima en referencia es una remuneración estable aunque se disfrute de ella por una sola vez, con motivo del retiro para pensionarse, porque fue instituida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones mediante una resolución que tiene vigencia permanente en el tiempo y que, en ningún caso, es transitoria. Y para los empleados que se retiren o que sean retirados para hacer uso de la jubilación, dicha prima es un derecho ordinario lo que hace que en el último año de servicio haga parte de sus ingresos salariales.

Lo anterior es más evidente si se analiza el asunto a la luz del artículo 2º de la Ley 5ª de 1969, por el cual se aclaró el 5º de la Ley 4ª de 1966, que vino a definir con características más precisas lo que debe entenderse por salario integral. En efecto, ese artículo enumera como salario o retribución de servicios las horas extras, las primas kilométricas, los dominicales, los días feriados y las bonificaciones, utilizando la expresión etcétera, para indicar de esta manera que además de los factores salariales expresamente designados, caben también otros de naturaleza semejante.

Ya esta corporación tuvo oportunidad de expresar su criterio sobre el tema que se debate en este juicio, al fallar un caso exactamente igual al presente, en el que por el mismo concepto fueron demandados unos actos administrativos originarios de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones. Fue en el proceso instaurado por la señora Marina Valero Valero, decidido en primera instancia el 14 de febrero de 1975 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y en segunda, por esta corporación, el 30 de abril del mismo año, mediante ponencia del Consejero doctor Nemesio Camacho Rodríguez.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **Falla:**

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca con fecha nueve (9) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada con fecha veintiséis (26) de marzo de mil novecientos setenta y seis (1976).

*Rafael Tafur Herrán, Alvaro Orejuela Gómez, Ricardo Uribe Holguín, Nemesio Camacho Rodríguez.*

*Alvaro Soto Angel, Secretario.*



## SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**ACTOS ADMINISTRATIVOS.**— Deben ser motivados excepto los de mero trámite. Una providencia que omita citar los preceptos legales en que se apoya no está motivada y quebranta el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, lo que la hace anulable.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., abril treinta de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

La señora Gilma Ibarque vda. de Rojas, por medio de apoderado, promovió acción de plena jurisdicción encaminada a obtener la declaración de nulidad de la Resolución número 024 de enero 14 de 1974 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se revoca la marcada con el número 905 de junio 6 de 1973, de la División de Propiedad Industrial, y como consecuencia de esa nulidad se restablezca el derecho de la actora en el sentido de ordenar la inscripción de la marca Zipa a favor de la actora.

Como hechos expuso los siguientes:

“1º La señora Gilma Ibarque vda. de Rojas, solicitó a la División de la Propiedad Industrial, el registro de la marca Zipa para distinguir productos farmacéuticos y otros similares, comprendidos en esa época (junio de 1970) en la clase 2ª del Decreto 1707 de 1931, hoy clase 5ª del Decreto 755 de 1972.

“2º La sociedad Ciba Societe Anonyme de Basilea, Suiza, presentó oposición al registro de la citada marca Zipa, alegando parecido con la marca Ciba de su propiedad.

“3º La División de Propiedad Industrial, accedió a las peticiones de la demanda de oposición y negó el registro de la marca Zipa, por medio de la Resolución número 734 de mayo 24 de 1971.

“4º Interpuesto el recurso de apelación, la Superintendencia de Industria y Comercio, revocó la citada Resolución 734 de la División de Propiedad Industrial y ordenó el envío del expediente al reparto de los señores jueces del circuito civil de Bogotá, por medio de

la Resolución número 0345 de agosto 10 de 1971, la cual entre otras cosas, dijo: "Pero, al hacer la confrontación entre el vocablo Zipa y la marca Ciba, se aprecia que entre estas expresiones **NO EXISTE POSIBILIDAD DE CONFUSIÓN** bien sea de orden fonético, gramatical o conceptual, ya que se trata de dos vocablos **COMPLETAMENTE DISTINTOS**, el primero de los cuales de muy fácil identificación, por ser tradición, **QUE HACE DIFÍCIL UNA EQUIVOCACION EN EL CONSUMIDOR**" (mayúsculas mías).

"5º Al entrar en vigencia el nuevo Código de Comercio, el señor Juez Civil del Circuito, devolvió el expediente a la División de Propiedad Industrial, en virtud del cambio de competencia.

"6º Al conocer nuevamente del negocio, la División de Propiedad Industrial, por medio de Resolución número 905 de junio 6 de 1973, rechazó la demanda de oposición de la sociedad suiza y ordenó la inscripción del registro de la marca Zipa a favor de la señora Gilma Ibarque vda. de Rojas.

"7º Apelada dicha Resolución número 905, la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la Resolución número 024 de enero 14 de 1974, revocó dicha Resolución 905, por considerar que podía haber confusión entre las marcas Zipa y Ciba, no obstante que antes había dicho la misma Superintendencia, que "no existe posibilidad de confusión", "ya que se trata de vocablos completamente distintos", que hace difícil una equivocación en el consumidor".

"8º Al revocar la Superintendencia de Industria y Comercio, la resolución de la propiedad industrial, por medio de la cual se rechaza la demanda de oposición y se ordena el registro de la marca Zipa, la Superintendencia violó claras disposiciones legales y se configuró una clara desviación de poder".

Citó como disposiciones violadas las siguientes: Los artículos 584 y 585, numeral 4º del Código de Comercio.

El concepto de la violación de la norma primeramente citada lo hizo radicar "en que la Superintendencia de Industria y Comercio no podía revocar la resolución de la propiedad industrial, por medio de la cual concede el registro de la marca Zipa, porque dicho artículo autoriza expresamente su registro, cuando dice que pueden registrarse palabras de cualquier idioma y cualquier signo distintivo".

Y en cuanto al quebranto del artículo 585, en su numeral 4º, "la violación, según el actor, consiste en que la Superintendencia de Industria y Comercio no podía considerar que entre las marcas Zipa y Ciba puede haber confusión por error entre el público consumidor al no distinguir una marca de la otra, o la marca Zipa del nombre comercial de la sociedad Ciba Societe Anonyme, ya que su diferencia es tan grande, que nadie puede confundirlas. Al margen es de advertir que la Superintendencia de Industria y Comercio no fundamenta la Resolución 024 en ninguna disposición legal, en forma expresa".

Surtido el trámite del proceso y como no se observa causal de nulidad, se decide el recurso previas las siguientes

### Consideraciones

La Resolución 024 acusada es del siguiente tenor:

“Por escrito de fecha 18 de julio de 1973, el doctor Luis Patiño, apoderado de Ciba Societe Anonyme, de Basilea, Suiza, interpone y sustenta los recursos de reposición y apelación subsidiaria contra la Resolución número 905, de junio 6 del año en curso, por la cual la División de Propiedad Industrial rechazó la oposición al registro de la marca Zipa, presentada por el mismo apoderado, y en su lugar inscribió como marca dicha denominación, a favor de Gilma Ibarque vda. de Rojas.

“La División argumentó en la parte motiva de la providencia impugnada lo siguiente: “Fonéticamente existe una mediana similitud (entre las marcas Ciba, registrada, y Zipa, solicitada) aunque si se pronuncia en forma clara, el sonido de la P, por ser fuerte, hace diferenciable el sonido de la última sílaba de Zipa, respecto de la última sílaba de Ciba. El sonido de la primera sílaba sí es prácticamente igual para los colombianos”. “Gráficamente las dos expresiones sólo tienen en común dos letras: La “I” y la “A” que están colocadas en el mismo sitio dentro de cada palabra, pero que al juntarse con las consonantes Z y C P y B, son diferenciables y teniendo en cuenta el conjunto de las dos marcas, se acentúa todavía más su diferencia”. “Conceptualmente no puede afirmarse con sana lógica que haya semejanza alguna entre las dos”.

“A su turno, el apelante en su memorial sustentatorio del recurso, manifiesta en resumen: La semejanza entre dos marcas se puede producir, cuando se trata de denominaciones, por su aspecto gráfico y visual, por su aspecto ortográfico, por su aspecto fonético, o por su aspecto conceptual. La gráfica o visual surge cuando el número de letras, sus rasgos característicos y su colocación conducen a que entre dos signos no se pueda diferenciar desde el punto de vista gráfico. La ortográfica nace cuando dos signos están formados por sílabas cuya pronunciación y escritura impiden la diferenciación de los mismos. La fonética resulta de la pronunciación de dos signos, aunque sus componentes gráficos y ortográficos no sean semejantes. La conceptual se manifiesta cuando dos signos que ortográfica, gráfica y fonéticamente son diferentes, dan un mismo concepto o conducen a una asociación de ideas. Para que haya similitud entre una marca registrada y otra que se pretende registrar, no se requiere que concurren todas las semejanzas anotadas, sino una sola de ellas, con lo cual hay base para negar el registro que se solicita, si los artículos que distinguen ambos signos son idénticos o parecidos.

“Es necesario hacer diferencia entre los términos “semejanza” e “identidad”: Si sólo fueran rechazables por semejantes aquellas marcas idénticas a otras registradas, la ley no hablaría de semejanza sino de identidad. En la semejanza hay parecido, similitud que no tiene que ser absoluta. En la identidad hay parecido ab-

soluto. La primera debe resultar de la impresión de conjunto despertada por los dos signos. Estos deben examinarse sucesiva y no simultáneamente. Quien aprecia la semejanza debe hacerlo poniéndose en el puesto del comprador. Deben pues tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias existentes entre los signos.

“La División, agrega el memorialista, pasa por alto las similitudes ortográfica, gráfica y fonética entre las marcas Ciba, registrada y Zipa, solicitada, con la tesis de que, como no hay parecido conceptual, los demás no tienen valor, pues lo importante no son los parecidos existentes, sino las diferencias. La resolución recurrida hace alusión a las semejanzas fonética, gráfica y conceptual, pero no menciona la ortográfica existente planteada por él, y en cambio se extiende profusamente en la orden conceptual que no ha sido planteada por el memorialista, porque obviamente ella no existe.

“En cuanto a la ortográfica dice que el signo Zipa está formado por cuatro letras, lo mismo que el signo Ciba. Es decir, que en ambos hay igualdad en el número de letras, de las cuales, las dos vocales que forman la marca que se pretende registrar, I—A, son las mismas vocales de la marca Ciba y además están colocadas en el orden, dos y cuatro. La resolución recurrida no hace un análisis sobre la existencia de las similitudes ortográficas. Sin embargo, cuando analiza la semejanza gráfica, dicha providencia acepta enfáticamente que las dos expresiones tienen de común las letras I—A y que están colocadas en el mismo sitio dentro de cada palabra, o sea que la mitad de ambos signos es idéntica tanto en su ortografía y en su disposición de letras, como en su fonética.

“Fonéticamente la marca Zipa tiene dos sonidos, uno ZI y otro PA; de éstos, uno, el ZI, es el mismo de la primera sílaba de la marca Ciba, pues ambos terminan en la misma vocal y el sonido de la consonante P, seguido de la vocal A, es casi idéntico al sonido de la consonante B, seguido de la consonante A. La semejanza fonética es aceptada por la División. En cuanto a la gráfica, ésta existe y así lo reconoce también la División, cuando dice que las letras I—A aparecen gráficamente colocadas en el mismo sitio en los dos signos. En relación con la conceptual, ya se dijo que es aquella que despierta el concepto de ideas afines o de asociación de ideas y que existe, como cuando se tiene registrada, por ejemplo, la marca Barco y se pretende registrar Buque o se tiene registrada la marca Llama y se quiere registrar Vicuña. En el caso que nos ocupa, no hay semejanza conceptual ni ésta nunca fue propuesta, pues la marca Ciba es una creación de fantasía que no despierta ninguna idea ni quiere decir algo en particular y por tanto no pueden existir signos que conceptualmente despierten la misma idea o quieran decir lo mismo. Por esto sobra el análisis hecho por la División.

“Es curioso que por falta de similitud conceptual se pueda registrar la marca Zipa, aunque ésta, gráfica, fonética y ortográficamente se asemeje, como lo acepta la División, a la marca registrada Ciba. Es decir, que de las cuatro posibles semejanzas que se

estudian entre dos denominaciones, existen tres; pero que como no existe la cuarta, la oposición no debe prosperar. Con esto se debe concluir que la División, para rechazar una marca que es semejante a otra ya registrada, requiere que existan parecidos de orden gráfico, ortográfico, fonético y conceptual, es decir, que haya una identidad absoluta entre los dos signos, pero olvida que la ley no exige identidad absoluta, sino sólo semejanza, y con que ocurra una de la mencionada, es suficiente para que se rechace el registro de una marca respecto de otra ya registrada.

“Por Resolución número 4102, de octubre 8 de 1973, la División negó la reposición y concedió la apelación, expresando en la parte motiva que “las razones argüidas por el recurrente” no son conducentes para poder proceder a modificar dicha providencia, por cuanto son evidentes las diferencias que existen entre la marca registrada Ciba y la solicitada Zipa”.

“Estudiados detenidamente los antecedentes que obran en el expediente respectivo, este despacho ha llegado a las siguientes conclusiones:

“Por Resolución número 734 de mayo 24 de 1971, la División de Propiedad Industrial había negado el registro de la denominación Zipa, con fundamento en las siguientes razones: “Si se verifica una confrontación entre el vocablo “Zipa” en vía de registro, y la marca “Ciba” ya inscrita, resulta incuestionable admitir su casi absoluta identidad bajo todo aspecto, ya sea de orden gráfico, fonético y conceptual, circunstancias que las hace confundibles a primera vista”.

“Surtida la apelación subsidiaria que interpuso el apoderado de la peticionaria contra la providencia anterior, la Superintendencia accedió a la revocatoria de la misma mediante Resolución número 0345, de agosto 10 de 1971, expresando lo siguiente:

“Al hacer una confrontación entre el vocablo Zipa y la marca Ciba, se aprecia que entre estas dos expresiones no existe posibilidad de confusión, bien sea de orden fonético, gramatical o conceptual, ya que se trata de dos vocablos completamente distintos, el primero de los cuales es de muy fácil identificación por ser tradición, que hace difícil una equivocación en el consumidor”. También dispuso la Superintendencia en la misma resolución enviar al reparto de los jueces civiles del circuito de Bogotá, las presentes diligencias para que se decidieran sobre la oposición instaurada por el apoderado de Ciba Societe Anonyme, contra el registro de la denominación Zipa; pero como en virtud de la expedición del nuevo Código de Comercio los funcionarios judiciales perdieron competencia para decidir de las oposiciones en materia de marcas, el expediente respectivo fue devuelto a la División de Propiedad Industrial para que ésta se pronunciara sobre el particular, pronunciamiento que está contenido en la Resolución número 905 que ahora es objeto del recurso que se encuentra a resolver.

“Es necesario admitir que el doctor J. A. Alvarez Ricaurte, apoderado de la peticionaria, tiene razón cuando afirma en sus me-

moriales de febrero 16 de 1971 y marzo 27 de 1973, que al paso que Ciba es una sigla comercial, Zipa es un nombre indígena y por lo mismo autóctono. Pero si se considera que los artículos medicinales farmacéuticos, etc., tienen relación directa con la salud pública, para evitar en la práctica las confusiones que pudieran ocasionar las marcas en conflicto, en razón de las semejanzas anotadas anteriormente, habría sido conveniente que los peticionarios del registro de la denominación Zipa hubieran presentado la solicitud correspondiente en forma de etiqueta con la figura del cacique, para diferenciarla suficientemente de la marca Ciba, sola y sin distintivos.

“Las observaciones anotadas por el apelante son admisibles: De una parte, la División motiva su Resolución número 905 manifestando en torno a las marcas en disputa que “fonéticamente existe una mediata similitud...”, y que “gráficamente las dos expresiones sólo tienen en común dos letras: La “I” y la “A”, que están colocadas en el mismo sitio de cada palabra”. Sin embargo agrega: “Conceptualmente no puede afirmarse con sana lógica que haya semejanza entre las dos”. Se aprecia por lo tanto incoherencia en la parte expositiva de la providencia, porque si entre las denominaciones Ciba y Zipa hay igual cantidad de sílabas y letras, que en ambos casos llevan el acento en la penúltima de aquéllas; si las palabras Ciba y Zipa tienen en común dos letras, la I y la A, que están colocadas en el mismo sitio de cada palabra, o sea que hay identidad parcial entre ambas; y si además de lo anterior, las primeras sílabas de los dos signos se pronuncian en Colombia exactamente iguales, tenemos que entre Ciba y Zipa hay evidentes semejanzas de orden visual o gráfico, ortográfico y fonético, que son razones de peso para no accederse al registro de la segunda. El hecho de que entre las dos denominaciones no haya semejanza conceptual, no viene al caso, porque también es evidente, pero no es razón suficiente para registrar la marca pretendida, porque es principio general de derecho marcario que los signos distintivos deben ser examinados teniendo en cuenta sus semejanzas, no sus diferencias.

“En consecuencia, este despacho accederá a reponer para revocar la providencia impugnada.

“En mérito de lo expuesto,

“Se resuelve:

“Artículo 1º Revocar la Resolución número 905, de junio 6 de 1973 de la División de Propiedad Industrial, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“Artículo 2º Declarar agotada la vía gubernativa.

“Artículo 3º Vuelvan las presentes diligencias a la oficina de origen.

“Artículo 4º Revalídese el papel común”.

La resolución en referencia no cita norma alguna aplicable al caso, en apoyo de sus considerandos, por lo cual no es posible establecer de sus términos que hubiera aplicado los artículos 584 y 585 del Código de Comercio vigente desde el 1º de enero de 1972 y no la legislación anterior a éste.

De otra parte, en la historia de este negocio, que trae el acto acusado, se puede ver cómo antes de la vigencia del nuevo Código de Comercio se dictaron resoluciones en el curso del proceso surtido ante la División de Propiedad Industrial y la Superintendencia de Industria y Comercio, en las que sólo podían aplicarse las normas de la legislación derogada, pero vigente en aquella época. Tales normas son semejantes a las del Código de Comercio en vigor y por ello no es dable establecer de los términos del acto acusado a cuál de las dos legislaciones se refiere la parte motiva, ante la ausencia de cita de normas legales en ella.

De lo dicho por la Resolución número 00905, revocada por el acto acusado, surge que la petición de registro de la marca Zipa fue hecha el 22 de junio de 1970, en vigencia de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 y del Decreto 1707 de 1931.

Igualmente, aparece de autos que el 3 de diciembre de 1970, o sea, mucho antes de que el Código de Comercio actual entrara en vigencia, el doctor Luis Patiño, en nombre de Ciba Societe Anonyme, persona jurídica domiciliada en Basilea, Suiza, presentó oposición a la solicitud de registro de la marca Zipa, formulada por la señora Gilma Ibarque vda. de Rojas.

Por tanto, la División de Propiedad Industrial ha debido enviar de inmediato el expediente al reparto de los jueces civiles del circuito de Bogotá, quienes eran los competentes para decidir dicha oposición, al tenor de la legislación entonces vigente. Así se dispuso por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución número 345 de agosto 10 de 1971, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 31 de 1925. Pero se advierte que entre la fecha de presentación de la oposición y la de la resolución que, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley entonces vigente, ordenó el envío de dicha oposición a los jueces civiles del circuito de Bogotá, pasaron inexplicablemente más de ocho meses.

El Juez 14 Civil del mencionado circuito admitió la demanda de oposición por auto de fecha diciembre 1º de 1971. Todo lo anterior puede verse en el expediente número 122113, original de la División de Propiedad Industrial, que obra como anexo al cuaderno 1º de este proceso, a folios 21 a 31 de aquél.

Así las cosas y sin mayor actuación, por auto de fecha doce de febrero de 1972, el mencionado juez dispuso pasar el expediente a la División de Propiedad Industrial, con fundamento en el artículo 590 del Código de Comercio en vigor desde el 1º de enero de ese mismo año de 1972.

Y por auto de fecha mayo 23 de 1972 la Jefe de Propiedad Industrial, doctora María Eugenia O. de Correa, avocando **de facto** el conocimiento del proceso, señaló un término de diez (10) días para pedir pruebas,

al tenor de lo preceptuado por el ya aludido artículo 590 del Código de Comercio de 1971.

Tramitada la oposición de la nombrada Ciba Societe Anonyme de Basilea, Suiza, por la propia División de Propiedad Industrial, fue resuelta mediante la Resolución número 00905 de junio 6 de 1973, la que decidió:

“Artículo 1º Recházase la oposición a la marca Zipa, interpuesta por el doctor Luis Patiño, en representación de la sociedad Ciba Geigy S. A.

“Artículo 2º Inscribese como marca de fábrica y de comercio, la denominación “Zipa”, para distinguir: “Productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos; productos dietéticos para niños y enfermos, emplastos, material para vendajes; y desinfectantes”, artículos comprendidos en la clase 5ª del Decreto 755 de 1972, a favor de la señora Gilma Ibarque vda. de Rojas, quien tendrá derecho de usarla con carácter de exclusividad, por el término de diez (10) años contados a partir de la fecha de la presente resolución.

“Artículo 3º Antes de expedirse el certificado correspondiente, presente el interesado recibo de pago por los derechos de su publicación.

“Artículo 4º Háganse las anotaciones correspondientes.

“Artículo 5º Contra esta providencia proceden los recursos de reposición y en subsidio el de apelación interpuesto en debida forma dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación personal o a la desfijación de edicto”.

Pedida la reposición e interpuesto como subsidiario el recurso de apelación, la División de Propiedad Industrial desató la primera por medio de Resolución número 4102 de octubre 8 de 1972, así:

“Estima el despacho que las razones argüidas por el doctor Luis Patiño en el memorial que antecede, por el cual pide reposición y apelación subsidiaria de la Resolución número 905 de junio 6 de 1973, no son conducentes para poder proceder a modificar dicha providencia, por cuanto son evidentes las diferencias que existen entre la marca registrada Ciba y la solicitada Zipa.

“En mérito de lo expuesto,

**“Se resuelve:**

“Artículo 1º No reponer la Resolución número 905 de fecha 6 de junio de 1973.

“Artículo 2º Concédese en el efecto suspensivo el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

“Artículo 3º Por la Secretaría, envíense las presentes diligencias al despacho del señor Superintendente de Industria y Comercio”.



Subidos los autos a la Superintendencia de Industria y Comercio, ésta resolvió el recurso subsidiario de apelación, por medio de la Resolución número 024, acusada en este proceso, anteriormente transcrita (fls. 5 y 6).

Se plantea, por lo tanto, el problema consistente en saber si habiéndose formulado la oposición de Ciba Societe Anonyme en vigencia de la legislación anterior al Código de Comercio de 1971 y habiendo avocado el conocimiento de tal oposición el juez civil del circuito de Bogotá, al entrar a regir dicho Código la competencia para conocer del proceso respectivo pasó de la justicia ordinaria a la administración, en virtud de lo dispuesto por el artículo 590 del Código de Comercio.

En un caso semejante, dijo esta corporación:

“Según se ha visto, la solicitud 124426 fue presentada el 17 de noviembre de 1970. La oposición formulada a esa pretensión por la Sociedad Textiles Panamericanos S. A. —Pantex— tiene fecha de 8 de octubre de 1971, es decir, fue formulada en vigencia de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 que disponían: “Presentada la oposición o ratificada oportunamente por el interesado la hecha en su nombre, el Ministerio suspenderá el curso de la nueva solicitud y cuando estén vencidos los 30 días de que trata el parágrafo del artículo 38 de la Ley 31 de 1925, la enviará con los antecedentes del negocio al repartimiento de los jueces del circuito en lo civil de Bogotá, para que la oposición se resuelva en juicio sumario de conformidad con las disposiciones pertinentes de la expresada Ley 31 de 1925”. El artículo 38 de la Ley 31 en cita dispone exactamente lo mismo para los casos de oposición contemplados en el artículo 37 de esa ley.

“Por tanto la administración debió haber remitido de inmediato al conocimiento de los jueces del circuito de Bogotá, el respectivo expediente, ya que formulada la oposición perdía competencia para seguir tramitando el negocio”.

(Sentencia de fecha diciembre 9 de 1975, expediente número 1935).

Si lo anterior se decidió en un proceso en el cual la oposición fue tramitada directamente por la División de Propiedad Industrial, sin ser remitida a los jueces civiles del circuito de Bogotá, qué decir en el presente caso, en el que se dispuso por providencia ejecutoriada tal envío y el Juez 14 Civil del aludido circuito admitió la demanda de oposición presentada por la sociedad Ciba, adquiriendo así competencia para decidirla, al tenor de lo preceptuado por los artículos 33 de la Ley 31 de 1925 y el 6º de la Ley 84 de 1931, entonces vigentes.

Es claro que la División de Propiedad Industrial no podía decidir la referida oposición, ya que al tenor de lo preceptuado por el artículo 590 del Código de Comercio, la nombrada oficina debe resolver las que se formulen con posterioridad al 1º de enero de 1972 (Art. 2038, *ibidem*), a la luz de los artículos 585 y 586 del citado Código de Comercio, normas inaplicables a las solicitudes de registro de marcas y a las respectivas oposiciones, presentadas antes de la indicada fecha.

En efecto, es imposible que los preceptos del Código de Comercio, el que sólo entró en vigor, se repite, el 1º de enero de 1972, hubieran sido quebrantados antes de su vigencia.

O que una oposición formulada con base en la legislación derogada, pueda tramitarse y decidirse por aplicación de la que actualmente rige. Excepto en cuanto ésta consagre normas de aplicación inmediata, para regular los efectos de situaciones jurídicas concretas ya formadas, o las partes no constituidas de tales situaciones, o la extinción de las mismas, bajo el imperio de la ley nueva.

Así, pues, precisa examinar este último aspecto en relación con el caso que por la presente providencia se decide.

Dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. **Pero las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación**" (subraya la Sala).

Como se ha visto, al entrar en vigor el Código de Comercio que nos rige, hecho que sucedió el 1º de enero de 1972, se hallaba en curso el trámite de la oposición formulada por la Ciba Societe Anonyme, respecto de la cual había adquirido competencia el Juez 14 Civil del Circuito de Bogotá. Por lo tanto, al tenor del citado precepto de la Ley 153 de 1887, a esa oposición no era dado aplicarle el artículo 590 del aludido Código de Comercio. Lo que significa que la administración no adquirió competencia para decidir de la oposición en referencia, ni el juez del circuito que tramitaba el proceso de oposición la perdió para fallar éste.

Así las cosas, parecería lógico decidir, como lo hizo esta corporación en el fallo que puso fin al proceso número 1935, ya citado, que es nulo el acto acusado y, consecuencialmente, la oposición debe volver al Juez 14 Civil del Circuito para que la decida.

Pero como la jurisdicción contencioso administrativa debe limitarse a estudiar el concepto de la violación expuesto por el demandante y las normas que éste cita como infringidas, para ver si el acto acusado las quebranta, sin que le sea dado declarar causales de oficio, precisa examinar nuevamente, la demanda con el fin de saber si es procedente una decisión semejante a la adoptada en el citado proceso.

El actor cita como violados únicamente los artículos 584 y 585, numeral 4º, del Código de Comercio, por cuanto el acto acusado afirma que entre las expresiones Ciba y Zipa "puede haber confusión" o error del público consumidor "al no distinguir una marca de la otra". Y porque, además, el artículo 584 autoriza expresamente el registro de la marca Zipa, "cuando dice que pueden registrarse palabras de cualquier idioma y cualquier signo distintivo".

No se ha formulado, pues, el cargo de violación del artículo 590 del Código de Comercio; ni tampoco el de quebranto de los artículos 584 y 585, numeral 4º, misma obra, al ser aplicados por la Superintendencia de Industria y Comercio sin tener competencia para ello.

Por tanto, no habiéndose formulado la acusación de la Resolución 024 por los indicados conceptos, como hubiera sido lo procedente, no puede el Consejo tenerlos en cuenta.

En cuanto al cargo por quebranto de los artículos 584 y 585 numeral 4º, Código de Comercio, cabe advertir que, al admitir la prosperidad de la oposición formulada por Ciba, como lo dice el propio demandante, "la Superintendencia de Industria y Comercio no fundamenta la Resolución número 024 en ninguna disposición legal", luego mal pudo quebrantar los aludidos preceptos del Código de Comercio, los que ni siquiera cita. Cabe pensar que la Resolución número 024 hubiera tenido en cuenta la legislación derogada, bajo cuyo imperio se presentó la solicitud de registro de la marca Zipa y se formuló la oposición que falla en última instancia la Resolución 024, acusada en este proceso.

Al tenor de lo ordenado por el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, "los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones" respectivos.

Como lo relativo al "procedimiento gubernativo" es materia regulada por el Código Contencioso Administrativo, en el capítulo VIII del título III y en éste no se encuentra norma que rija lo atinente al contenido de las resoluciones administrativas, cabe acudir por vía de analogía, en acatamiento al mandato del citado artículo 282 de la misma obra, al Código de Procedimiento Civil cuyo artículo 303 dispone en su inciso 2º que "las providencias serán motivadas, a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite".

Por lo tanto, las resoluciones que dicten los funcionarios de la administración deberán ser motivadas, excepto las de mero trámite.

Desde este punto de vista cabe considerar que una providencia que omite citar los preceptos legales en que se apoya no está motivada y quebranta el citado precepto del Código de Procedimiento Civil, por lo cual debe anularse. Esto es tanto más exacto en casos como el presente, en el que existía tránsito de la legislación derogada a la vigente y la administración debía precisar cuál de ellas aplicaba.

Mas la Sala se encuentra ante el mismo inconveniente anterior, ya que el actor no formuló acusación por violación de los artículos 282 Código Contencioso Administrativo y 303 del Código de Procedimiento Civil.

Aunque el señor Fiscal Primero de la corporación es de opinión que debe fallarse el fondo del negocio y accederse a las peticiones de la demanda, por cuanto entre las expresiones Zipa y Ciba no puede haber lugar a confusión de ninguna naturaleza, considera la Sala que no le es dado entrar a decidir el fondo del proceso, por cuanto la demanda adolece de los indicados vicios y una sentencia de mérito en el presente caso sería pronunciada sobre un trámite administrativo que decidió el respectivo proceso sin tener competencia el funcionario que profirió las Resoluciones 905, 4102 y 734, de que se ha hecho mérito en esta providencia, cargo que se repite, no ha sido formulado. Y en

cuanto al acto acusado (Resolución 024 de enero 14 de 1974) pone fin a una actuación administrativa que está viciada de nulidad, la cual no es posible declarar en este proceso por las indicadas fallas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

Declárase la inhibitoria de la Sala, por falta del presupuesto procesal demanda en forma, para decidir en el fondo el presente proceso.

Devuélvase el expediente administrativo a la oficina de origen.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que el fallo anterior fue discutido y aprobado por la corporación en su sesión del día dieciocho de febrero de mil novecientos setenta y seis.

*Alfonso Arango Henao, Humberto Mora Osejo, Carlos Galindo Pinilla, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI

**AVALUO CATASTRAL.**— En firme la providencia administrativa que lo establece, salvo las causales sobrevinientes de mutación, es relativamente invariable y existe en favor del propietario del fundo un derecho procesal consistente en que el avalúo no se renúeve o revise discrecionalmente en cualquier tiempo. Autoavalúo.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y seis.

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

(Sesión del día 21 de mayo de mil novecientos setenta y seis).

Ref.: Expediente número 2091. Actor: Aurelio Mosquera Caicedo.

Se decide el juicio promovido por el doctor Luis Fernando Paredes Arboleda, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, para que se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera. Que son nulos los siguientes actos administrativos de carácter nacional:

a) El acto administrativo proferido con fecha 7 de marzo de 1973 por el Director Encargado del Catastro Nacional, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, señor Luis Arévalo Salazar, y que se contiene en el oficio número 06-1947 de 7 de marzo de 1973 dirigido al señor Director Seccional de Catastro del Cauca, Popayán, referente al avalúo del predio número 00-2-005-037, municipio de Silvia, que en copia auténtica, acompaño a esta demanda;

“b) La Resolución número D-017 de fecha 28 de marzo de 1973 proferida en Popayán por el Director Seccional de Catastro del Cauca, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi por medio de la cual se declara una nulidad y se integra una comisión de formación para rectificar el avalúo fiado al predio número 00-2-005-037, ubicado en el municipio de Silvia, departamento del Cauca, perteneciente al señor Aurelio Mosquera Caicedo;

“c) La Resolución número 197 expedida en Popayán con fecha 26 de abril de 1973, proferida por la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal “por la cual se falla en primera instancia una reclamación”;

relacionada con el predio denominado Santa Clara número 00-2-005-037, ubicado en el municipio de Silvia, departamento del Cauca;

“d) La Resolución número 198 expedida en Popayán con fecha 18 de junio de 1973, proferida por la misma Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal, “por la cual se falla un recurso de reposición”, relacionado con el avalúo del predio número 00-2-005-037, denominado Santa Clara, ubicado en el municipio de Silvia, vereda de Ambaló, de propiedad del señor Aurelio Mosquera C.

“e) La Resolución número D-058 de fecha 8 de octubre de 1973, proferida por el Director Encargado de la Seccional de Catastro del Cauca, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi con sede en Popayán, por la cual se resolvió la apelación interpuesta contra el avalúo de \$ 1.624.000.00 señalado al predio denominado Santa Clara, número 00-2-005-037, ubicado en Ambaló, municipio de Silvia, departamento del Cauca, y a que se refieren las Resoluciones Nos. 197 y 198 de 1973 proferidas por la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal, correspondiente al mencionado municipio de Silvia.

“Segunda. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la cancelación de la inscripción catastral de que tratan las providencias cuya nulidad se solicita, tanto en las dependencias catastrales respectivas, como en la Tesorería Municipal de Silvia, departamento del Cauca, y que esa cancelación surte sus efectos a partir del mes de enero de 1973.

“Tercera. Que se declare, en consecuencia, que el avalúo vigente a partir del 1º de enero de 1973, que corresponde al predio número 00-2-005-037 denominado Santa Clara, ubicado en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia, en el departamento del Cauca, de propiedad del señor Aurelio Mosquera Caicedo, de una área de 583,0551 hectáreas, es el de la suma de \$ 2.242.000.00, según aparece de la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972 proferida por el Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia.

“Cuarta. Como subsidiaria de la tercera petición y para el caso que el honorable Consejo de Estado llegue a aceptar la tesis que se expone en la Resolución N° 0-017 de fecha 28 de marzo de 1973, proferida por el Director Seccional de Catastro del Cauca, para decretar la nulidad que allí se reconoce, pido se declare que el avalúo jurídico-fiscal del predio número 00-2-005-037 denominado Santa Clara, ubicado en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia, departamento del Cauca, perteneciente al señor Aurelio Mosquera Caicedo, es el de la suma de tres millones cuatrocientos cuatro mil pesos (\$ 3.404.000.00), o la que se demuestre en el presente juicio, con vigencia al 1º de enero de 1973”.

#### **Los fundamentos de hecho de la acción**

La parte demandante fundamenta la acción en los siguientes hechos:

“1º Mi mandante Aurelio Mosquera Caicedo es propietario del predio rural denominado Santa Clara, con inscripción catastral

número 00-2-005-037, ubicado en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia, departamento del Cauca, que adquirió según aparece de la escritura pública N° 1.601 de fecha 2 de julio de 1942, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Cali, que se halla debidamente registrada, predio comprendido por los linderos que se expresan en ese instrumento público. Dicho inmueble está destinado, en su totalidad, al desarrollo y ejecución de actividades agropecuarias, que constituyen la base y fundamento de su explotación económica. Dichas tierras han sido calificadas como "adecuadamente explotadas" y aceptadas como tal por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, conforme a las prescripciones legales pertinentes.

"2° Dentro del programa de formación catastral urbana y rural del municipio de Silvia, correspondiente al año de 1972, la Dirección de la Seccional de Catastro del Cauca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, mediante proveído N° D-076 de 15 de noviembre de 1972, aprobó la nivelación secundaria y abrió el período de exhibición de documentos catastrales y reclamos, del avalúo jurídico-fiscal del municipio de Silvia. El mismo despacho por providencia N° D-080 de 4 de diciembre de 1972, prorrogó para la jurisdicción aludida el lapso de exhibición de documentos catastrales y reclamos, por cuatro días hábiles.

"En el desarrollo y cumplimiento de estas actividades catastrales y como resultado del reconocimiento predial, la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia, fijó al predio denominado Santa Clara número 00-2-005-037 (antes N° 1221), un avalúo catastral de \$ 1.516.000.00, que debía entrar a regir el 1° de enero de 1973. Es de advertir que este predio, con anterioridad al mes de enero de 1972, figuraba con avalúo catastral de \$ 1.425.000.00 y tenía el registro catastral N° 1221 del municipio de Silvia, departamento del Cauca.

"3° Mi mandante Aurelio Mosquera Caicedo no se conformó con el avalúo de \$ 1.516.000.00 fijado para el predio Santa Clara, y dentro del término legal formuló el reclamo correspondiente ante la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal de Silvia, mediante escrito de fecha 29 de noviembre 1972, en el cual se expresaron las razones y fundamentos del reclamo.

"4° Cumplido el trámite de rigor, el Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia, profirió la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972, por la cual modificó el avalúo asignado al predio "Santa Clara" atendiendo a la reclamación presentada, y dispuso anotar la nueva inscripción, así: "Predio 00-2-005-037, Dirección: Ambaló - Santa Clara. Área: 516.000, Avalúo: \$ 2.242.000.00. Vigencia: Enero 1973". Esta resolución le fue notificada personalmente al reclamante y propietario del inmueble señor Aurelio Mosquera Caicedo, el día 16 de diciembre de 1972. El interesado señor Mosquera Caicedo se conformó con lo resuelto en la Resolución N° 064 citada, pues no interpuso ningún recurso contra ella. De esta suerte, mediante la ejecutoria de la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972, el acto administrativo allí contenido se tradujo en un acto creador de una situación jurídica individual o subjetiva y concreta, que se radicó

en cabeza de su titular señor Aurelio Mosquera Caicedo, en desarrollo de la competencia o capacidad que el derecho objetivo establece para la administración, en el caso concreto a los organismos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, al cual se atribuye toda actividad referente al catastro jurídico-fiscal y la determinación de los avalúos para el recaudo de los impuestos directos sobre la propiedad inmueble, y como base para la transferencia o adquisición de la misma, bien se trate de negociación directa o de expropiación por parte del Estado.

"5º Así las cosas, estando ejecutoriada y en firme la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972 de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia, que fijó para el predio de Santa Clara, número 00-2-005-037 de propiedad de Aurelio Mosquera Caicedo, un avalúo de \$ 2.242.000.00 que entró a regir desde el 1º de enero de 1973, el Director Nacional de Catastro del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en forma oficiosa y sin competencia legal para ello, inició un proceso de "revisión" del referido avalúo del predio Santa Clara, y al efecto, con fecha 28 de febrero de 1973, por medio del memorando N° 162 de esa fecha, comisionó al Inspector Joaquín Valencia Bejarano para efectuar la revisión del fallo de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia contenido en la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972.

"6º El Inspector de Catastro Joaquín Valencia Bejarano, por medio del oficio de fecha 5 de marzo de 1973, dirigido al Director Nacional de Catastro, rindió el informe sobre el resultado de la "revisión" del avalúo fijado al predio N° 00-2-005-037, ubicado en el municipio de Silvia, departamento del Cauca, denominado Santa Clara, perteneciente a Aurelio Mosquera Caicedo. Con base en ese informe y en las conclusiones allí contenidas, el Director de Catastro Nacional, Encargado, señor Luis Arévalo Salazar, por medio del oficio número 06-1947 de fecha 7 de marzo de 1973, dirigido al Director Seccional de Catastro del Cauca, le ordenó a este funcionario dictar una resolución declarando la nulidad de lo actuado en el mencionado avalúo, a partir del momento de la presentación de la petición o del reclamo; le ordenó también, "constituir una Comisión de Formación, para que atienda las conexiones del procedimiento que se declara nulo en cuestión" y que para subsanar las fallas "en la aplicación de la metodología técnica dentro del nuevo trámite procedimental, se debe ordenar la ejecución de las rectificaciones a que haya lugar".

"7º En obediencia a lo ordenado por el Director Nacional de Catastro, Encargado, en el oficio N° 06-1947, de fecha 7 de marzo de 1973, el Director de la Seccional de Catastro del Cauca expidió la Resolución N° D-017 de marzo de 1972 (28), por medio de la cual "se declara nulo el trámite llevado adelante como consecuencia del reclamo presentado por el señor Aurelio Mosquera Caicedo, en el período de exhibición de documentos catastrales y reclamos a su predio N° 00-2-005-037, ubicado en el municipio de Silvia por las circunstancias anotadas en la parte motiva de esta providencia. Consecuente con lo anterior se integra una comisión por los funcionarios Orlando Botero R. y Pablo Alfonso Ledezma, oficiales



de formación V y II respectivamente, para que efectúen las rectificaciones a que haya lugar en el predio antes referido”.

“Ocurre que la Resolución N° D-017 de fecha 28 de marzo de 1973, expedida por el Director de la Seccional de Catastro del Cauca, mediante la cual declara la nulidad a que me he referido anteriormente, no se notificó personalmente ni por edicto al interesado señor Aurelio Mosquera Caicedo, tal como lo ordenan los artículos 10 y 11 del Decreto-ley N° 2733 de 7 de octubre de 1959, y como lo acredito con los certificados Nos. 1800 y 0015 de fechas 25 de diciembre de 1973 y 10 de enero de 1974, respectivamente, expedidos en Popayán por el Secretario Abogado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

“8° La Comisión de Formación de Catastro Jurídico-Fiscal constituida por la citada Resolución N° 017 de marzo 28 de 1973 profirió la Resolución N° 197 de fecha 26 de abril de 1973 por medio de la cual modifica el avalúo de \$ 2.242.000.00 asignado anteriormente al predio Santa Clara número 00-2-005-037, ubicado en el municipio de Silvia, y de propiedad de Aurelio Mosquera Caicedo, rebajando dicho avalúo y fijándolo en la suma de \$ 1.824.000.00, con retroactividad en su vigencia al 1° de enero de 1973.

“Esta resolución se notificó al propietario del inmueble afectado, con fecha 2 de mayo de 1973, y éste, dentro del término legal y por medio de apoderado, interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, para obtener la revocatoria de la citada Resolución N° 197.

“La Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal, no repuso la providencia anterior, y por medio de la Resolución 198 de 18 de junio de 1973 confirmó el avalúo de \$ 1.824.000.00 fijado al predio N° 00-2-005-037 denominado Santa Clara e inscrito a nombre de Aurelio Mosquera Caicedo. Por la misma providencia, concedió el recurso de apelación.

“9° Surtido el trámite respectivo al recurso de apelación, el Director Encargado de la Seccional de Catastro del Cauca profirió la Resolución N° 0-068, de fecha 8 de octubre de 1973, que en su parte resolutive dispone, lo siguiente:

“Artículo primero. Cancélase la inscripción ordenada por la Resolución N° 198 de junio de 1973 al predio N° 00-2-005-037 a nombre del señor Aurelio Mosquera Caicedo, para modificar el avalúo conforme al recurso de apelación presentado. En consecuencia anótese así: Nombre: Mosquera Caicedo Aurelio. Predio: 00-2-005-037. Dirección: Ambaló. Nombre: “Santa Clara”. Municipio: Silvia. Area: 583,0561 hectáreas. Avalúo: \$ 1.895.000.00. Vigencia: Enero de 1973.

“Esta Resolución N° D-058 se notificó personalmente al interesado Aurelio Mosquera Caicedo, el día 10 de octubre de 1973, agotándose en esta misma fecha todo reclamo en vía gubernativa.

“10. Toda esta serie de hechos y actuaciones administrativas que dejo relacionadas anteriormente, producidas por organismos y

funcionarios de la Dirección Nacional de Catastro y de la Seccional de Catastro en el Cauca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, además de desconocer y de vulnerar derechos individuales o subjetivos de índole patrimonial cuyo titular es el señor Aurelio Mosquera Caicedo, guardan una estrecha relación y parece que fueran dirigidos a facilitar el cumplimiento de objetivos y la realización de proyectos que desde el año de 1970 ha promovido el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, para adquirir el dominio del predio denominado Santa Clara, ubicado en el municipio de Silvia, departamento del Cauca, de propiedad de mi mandante Aurelio Mosquera Caicedo.

"11. En efecto, el INCORA, desde el año de 1970 inició un procedimiento para adquirir la hacienda Santa Clara, tantas veces mencionada en este escrito, actuación que terminó con la expedición de la Resolución N° 0456 de fecha 19 de agosto de 1970, del Director del Proyecto Cauca N° 2 del INCORA, declarando que el inmueble denominado Santa Clara de propiedad de Aurelio Mosquera Caicedo, se hallaba adecuadamente explotado de acuerdo con la ley, por lo cual se dispuso suspender todo procedimiento y archivar el expediente respectivo, distinguido con el N° 3127.

"Posteriormente, una vez expedida y en vigencia la Ley 4ª de 1973, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de la Resolución N° 2026 de fecha 4 de mayo de 1973, resolvió nuevamente abrir el procedimiento destinado a la adquisición por el Instituto de la hacienda Santa Clara, ubicada en jurisdicción del municipio de Silvia, departamento del Cauca, de propiedad de Aurelio Mosquera Caicedo, con destino a la dotación de tierras a las familias indígenas (sic) del Resguardo de Guambía. Con fecha 4 de junio de 1973 se notificó personalmente esta Resolución del INCORA al interesado Aurelio Mosquera Caicedo, quien en tiempo oportuno y por medio de apoderado pidió se repusiera para revocarla, por las razones alegadas en su memorial de fecha 5 de junio de 1973. El INCORA, no ha resuelto el recurso de reposición a que me he referido, seguramente en consideración a que con fecha 23 de agosto de 1973 se suscribió en esta ciudad de Bogotá, entre Directivos del Instituto y el propietario del predio Santa Clara, señor Aurelio Mosquera Caicedo, una acta en que se hizo constar los deseos de las partes de llegar a una negociación directa de compraventa, teniendo en cuenta el avalúo vigente el 1° de enero de 1973, que era de \$ 2.242.000.00, según aparece de la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972, proferida por el Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal, del municipio de Silvia, que fijó en dicha suma el avalúo del predio 00-2-005-037, avalúo que posteriormente y con violación de la ley se ha rebajado por los funcionarios de Catastro Nacional del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, según aparece de los actos y resoluciones administrativos cuya nulidad demando para que se decreten por el honorable Consejo de Estado.

"12. Desde el momento en que mi mandante Aurelio Mosquera Caicedo tuvo conocimiento de la "revisión" oficiosa del avalúo del predio Santa Clara, para reducirlo o bajarlo de la suma de \$ 2.242.000.00 en que fue fijado por la Resolución N° 064 de 13 de

diciembre de 1972, a la suma de \$ 1.824.000.00 según lo dispuesto en las Resoluciones 197 de 26 de abril de 1973 y 198 de 18 de junio del mismo año, manifestó expresamente y por escrito su rechazo y no aceptación al nuevo avalúo, y presentó los reclamos respectivos, con apoyo en pruebas que ponen de manifiesto el error o equivocación en la apreciación de los factores determinantes del valor comercial del inmueble de que se trata. El avalúo fijado en \$ 1.895.000.00 por la Resolución N° D-058 de 8 de octubre de 1973 del Director Encargado de la Seccional de Catastro del Cauca, se ha determinado sin utilizar adecuadamente los datos técnicos y estadísticos que deben tenerse en cuenta, no sólo para precisar el valor comercial propiamente dicho, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles, consideradas inmuebles por adhesión permanente o por destinación, como lo ordena el artículo 1° en concordancia con los artículos 44, 75 y 77 de la Resolución N° 1173 de 29 de septiembre de 1965, proferida por el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por la cual se reglamenta la formación y conservación de los catastros nacionales.

“En efecto, con posterioridad a la fijación del avalúo del predio Santa Clara en \$ 1.425.000.00, en el año de 1970, avalúo que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1972, el propietario del inmueble señor Aurelio Mosquera Caicedo realizó una serie de obras de infraestructura y adecuación de la tierra, además de la construcción de un establo con capacidad para cuatrocientas vacas, que están en producción lechera, todo lo cual ha implicado inversiones por sumas superiores a un millón y medio de pesos, obras que si se hubieran estimado por los peritos conforme a las prescripciones y técnicas que ordena la ley, el avalúo jurídico-fiscal del predio Santa Clara debe superar necesariamente a la cifra de tres millones de pesos.

“13. Desde mediados del año de 1970 en que el INCORA declaró adecuadamente explotado el predio de Santa Clara, hasta el 8 de octubre de 1973 en que se expidió la Resolución N° D-058 de esa misma fecha, originaria de la Dirección de Catastro Seccional del Cauca, al señor Aurelio Mosquera Caicedo ha realizado y ejecutado en dicho predio innumerables mejoras, como son: riego artificial de praderas, mediante la construcción de cuatro kilómetros de canales y 2 kilómetros de tuberías de polietileno, y un equipo de lluvia artificial de cuatro pulgadas; 8 kilómetros de carretera afirmada, con obras de arte, alcantarillas, puentes etc. y 7 kilómetros de caminos, vías todas éstas construidas dentro de la propiedad Santa Clara; adecuación mediante arada y rastrillada y abonamiento de 200 hectáreas de terreno de praderas y la siembra en esas 200 hectáreas de gramíneas, como son el pasto ray grass menecua y trébol blanco; un establo con capacidad para 400 vacas; casa para peones o trabajadores; caseta para planta eléctrica de 6 kilovatios, un motor Diesel de 10 HP; red eléctrica. Ranchos terneriles, saladeros y silos. Construyó cercas de alambre, en la cual se emplearon 300 bultos de alambre de púas, 10.000 postes de madera, 20.000 postes vivos. Se sembraron 20.000 árboles de pino para defensas de la propiedad y se construyeron 4 kilómetros de drenajes. En fin, se realizó un conjunto de obras que im-

plican mejoras útiles, que necesariamente influyen en la determinación del valor venal del inmueble.

"14. Las razones expuestas por el Director de Catastro Nacional, Encargado, en el oficio N° 06-1947, de fecha 7 de marzo de 1973, dirigido al Director Seccional de Catastro del Cauca, y las aducidas por este último funcionario como fundamento de la Resolución N° D-017 de 28 de marzo de 1973, por la cual se declara la nulidad del avalúo verificado para el predio Santa Clara señalado por la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972, carecen de todo fundamento legal. Las fallas y deficiencias procedimentales que allí se mencionan no permiten declarar las nulidades decretadas, ni iniciar oficiosamente un proceso de revisión del avalúo que ya estaba en firme. Las causales de nulidad, tanto en los procesos civiles como en los administrativos y penales, no quedan al libre arbitrio de los funcionarios; es la propia ley la que establece taxativamente dichas causales, que pueden conducir a declarar la nulidad de un proceso. La falta de firma del Secretario de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia en la Resolución N° 064 de 13 de diciembre de 1972, que señaló un avalúo de \$ 2.242.000.00 para el predio Santa Clara, no constituye causal de nulidad que afecte a ese acto administrativo, porque la ley no la establece. Al contrario, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 358 y 372 del Código de Procedimiento Civil, la falta de firma del Secretario no impedirá el trámite del recurso. Y de conformidad con los (sic) dispuesto en el artículo 4° del mismo Código, aplicable por analogía al proceso administrativo, al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

#### **Las disposiciones invocadas como violadas y los conceptos de violación**

La parte demandante considera como violadas, en síntesis, las siguientes disposiciones:

Artículos 30 de la Constitución, 21 y 24 del Decreto-ley N° 2733 de 1959, porque la Resolución N° D-017 del 28 de marzo de 1973, proferida por el Director Seccional de Catastro del Cauca, como los actos posteriores que modificaron el avalúo catastral, desconocieron, sin el consentimiento del actor, la situación jurídica individual constituida en su favor por la Resolución N° 064 del 13 de diciembre de 1972, expedida por el Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia, que determinó, con su asentimiento, en la suma de \$ 2.242.000.00 el avalúo catastral del predio de su propiedad.

Artículo 2° de la Ley 34 de 1920, que dispone que "el catastro se renovará o rectificará cada dos años", porque encontrándose en firme

el avalúo catastral efectuado mediante la Resolución N° 064 del 13 de diciembre de 1972, no podía ser revisado sino al vencimiento de dicho lapso.

Artículos 10 y 11 del Decreto-ley N° 2733 de 1959, porque la Resolución N° D-017 del 27 de marzo de 1973 no se notificó ni personalmente ni por edicto al demandante, y artículo 12 ibídem porque se le hizo producir efectos, como a las posteriores Resoluciones Nos. 197, 198 y D-058 de 1973, a pesar de que aquélla no fue notificada al actor.

Artículos 1º, 5º, 7º y 25, numeral 2º, del Decreto-ley N° 2895 de 1963, porque los actos acusados desconocieron la situación jurídica particular creada en favor del demandante, para todos los efectos legales, por la Resolución N° 064 del 13 de diciembre de 1972.

Artículos 13, 110 y 220 del Decreto N° 1301 de 1940, en cuanto los actos acusados crearon una Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal para revisar, sin que mediara una petición del interesado, el avalúo catastral del predio Santa Clara, la cual actuó, con violación del precepto últimamente mencionado, "en época distinta a la de ejecución de los trabajos catastrales en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia".

Artículos 147 y 148 del Decreto N° 1301 de 1940, porque los actos acusados desconocieron "la competencia de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal que profirió la Resolución N° 064 de fecha 13 de diciembre de 1972 y avalúo en \$ 2.242.000.00 el predio denominado Santa Clara, y en cuanto se desconoció que ese avalúo, que no fue objeto de reclamo de parte del propietario del predio, debe considerarse como aceptado por éste y producir sus efectos legales".

Artículos 83, 84, 85, 86, 87, 95, 96, 97, 102, 103, 105 y 115 del Decreto número 1301 de 1940; 11, 15, 32, 43, 44, 45, 46, 47, 55, 57 y 67 de la Resolución número 1173 expedida por el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y 9º del Decreto-ley 2156 de 1970; porque el nuevo avalúo del predio, dispuesto por la Resolución número D-058 de 1973, "se hizo con desconocimiento de las reglas y requisitos que deben tenerse en cuenta para determinar los avalúos oficiales de los predios", entre ellos, el que prescribe que "el avalúo oficial de los inmuebles industriales o agrícolas es unitario e incluirá el valor corriente de los bienes a que se refieren los artículos 656 y 657 del Código Civil".

Artículo 88, inciso 2º, de la Resolución número 1173 de 1965, expedida por el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en cuanto en él se fundó la declaratoria de nulidad del avalúo fijado por la Resolución número 064 de 1972, y 87 ibídem, porque "se inició un proceso de revisión del predio Santa Clara", fijado por la mencionada resolución, sin que lo pidiera el interesado.

### Los alegatos de conclusión

La parte demandante y el señor Fiscal 1º alegaron de conclusión, en síntesis, a saber:

#### a) El alegato de conclusión del actor.

La parte demandante reitera los argumentos jurídicos expuestos en la demanda, considera probados los hechos en que se funda la ac-

ción y, en consecuencia, pide que se acceda a las peticiones de la demanda.

**b) El concepto del señor Fiscal.**

El señor Fiscal 1º del Consejo de Estado conceptúa que es preciso declarar la nulidad de las Resoluciones números 197, 198 y D-058 de 1973 y aceptar como avalúo del inmueble el solicitado en subsidio, por el monto de \$ 3.404.000.00, con base en los siguientes argumentos:

a) Como la Resolución número 064 de 1972 no está firmada por el Presidente y el Secretario de la Comisión, no puede accederse a declarar su nulidad, como tampoco la de la Resolución número D-017 del 28 de marzo de 1973, que anuló la actuación administrativa; b) Consiguientemente, tampoco es procedente disponer, como se solicita, que se tenga como avalúo catastral del predio la suma de \$ 2.242.000.00; c) Pero, como se ha demostrado pericialmente que el valor del inmueble es mayor que el determinado por la Resolución número D-058 de 1973, es preciso declarar la nulidad de los actos por los cuales se efectuó la revisión del avalúo y acceder a la petición subsidiaria en el sentido de que se lo fije en el monto de \$ 3.404.000.00.

**Las consideraciones de la Sala**

Surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a dictar la sentencia mediante las siguientes consideraciones:

**1ª La acción.**

La parte demandante pide, en síntesis, que se declare la nulidad del oficio número 06-1947 del 7 de marzo de 1973 dirigido por el Director Encargado del Instituto Agustín Codazzi al Director del Catastro del Cauca y de la Resolución D-017 del 28 de marzo de 1973, proferida por el Director de Catastro del Cauca, porque desconocieron, con violación de la Constitución y de la ley, la situación jurídica particular constituida en su favor por medio de la Resolución número 064 del 13 de diciembre de 1972, emanada del Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia, a causa de que oficiosamente se declaró nula toda la actuación anterior, no obstante que el acto últimamente mencionado fue notificado al interesado, quien lo consintió, y que, por lo mismo, se encontraba en firme. En consecuencia pide que se declare la nulidad de los actos subsiguientes, las Resoluciones números 197 y 198, expedidas por la Comisión Jurídico-Fiscal, y D-058 de 1973, emanada del Director de Catastro del Cauca, por las cuales, en su orden, se practicó un nuevo avalúo catastral del fundo de que se trata y se resolvieron los recursos de reposición y apelación. Todo con el fin de que se declare que está en firme el avalúo fijado por la mencionada Resolución número 064 de 1972.

Subsidiariamente infirma en el fondo las Resoluciones números 197, 198 y D-058 de 1973, para que, mediante su anulación, se declare

como avalúo catastral del fundo la suma que se señale en la demanda o la que determine el dictamen pericial.

**2ª Las Resoluciones números 064 del 13 de diciembre de 1972 y D-017 del 28 de marzo de 1973.**

La Resolución número 064 del 13 de diciembre de 1972, proferida por el Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal de Silvia avalúo el fundo de propiedad del actor en el monto de \$ 2.242.000.00. Este acto le fue notificado personalmente al actor quien, en la misma diligencia, dejó expresa constancia de encontrarse conforme con él y, por lo mismo, lo asintió (fls. 8 y 9; Art. 147 del Decreto N° 1301 de 1940); en consecuencia, transcurrido el plazo para infirmarlo, sufrió ejecutoria. Es cierto que, según la copia auténtica del acto aducida al juicio, sólo fue suscrito por el Presidente de la dicha Comisión, mas no por el Secretario (fl. 5); pero, como afirma la parte demandante, esta irregularidad no obsta para la validez del acto, de conformidad con los artículos 368, inciso 1º, y 372, inciso 4º, del Código de Procedimiento Civil, aplicables al caso por analogía (Art. 8º de la Ley 153 de 1887), porque el Secretario no debe participar en su expedición, sino dar fe de su contenido (Art. 14, número 1, del Decreto-ley N° 1265 de 1970). La Resolución número D-017 del 28 de marzo de 1973, expedida por el Director de Catastro del Cauca, declaró la nulidad de toda la actuación administrativa y nombró una Comisión Especial "para que efectúe las rectificaciones a que haya lugar en el predio referido", por considerar que en ella se incurrió en fallas de carácter técnico y en omisiones procesales (fls. 14 y 15) y, por lo mismo, dejó sin valor la Resolución número 064 de 1972. Es decir, tal acto en el fondo revocó unilateral y oficiosamente aquel por el cual, con el asentimiento del actor, se determinó el avalúo catastral del fundo de su propiedad en la suma indicada. La Resolución número D-017 de 1973, de conformidad con constancia y certificaciones que obran en autos (fls. 16, 42 y 43), no fue notificada, ni personalmente ni por edicto, al propietario. Es verdad que fue notificado de los actos posteriores, entre ellos, de la Resolución número 197 de 1973, emanada del Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal (fl. 21) y que interpuso contra ella los recursos por la vía gubernativa, resueltos mediante las Resoluciones números 198 y D-058 del mismo año, todas las cuales son objeto de la acción que se decide; pero ello no subsana la indicada omisión, porque la notificación, de conformidad con los artículos 11 y 12 del Decreto-ley número 2733 de 1959, debe reunir determinados requisitos sin los cuales no puede tenerse por efectuada, "a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales", aspectos excepcionales éstos ninguno de los cuales ocurrió en la vía administrativa: por el contrario, en defecto de la notificación, el actor infirmó el acto ante esta jurisdicción y, al hacerlo, se dió por notificado del mismo, lo que lleva a concluir que la acción se promovió oportunamente.

**3ª La revocación de la Resolución número 064 de 1972 y el caso sub iudice.**

Según reiterada jurisprudencia de la Sala, el avalúo catastral no constituye en favor del propietario una situación jurídica inmodificable, tanto porque es el resultado de un procedimiento de derecho pú-

blico tendiente a establecer, con una finalidad pública y social, el valor objetivo de un inmueble, uno de cuyos factores descriptivos o accidentales es el propietario, como porque, por definición, para lograr su finalidad es renovable cada dos años (Art. 2º, Inc. 2º, de la Ley 34 de 1920), o excepcionalmente revisable por vía general, de oficio o a solicitud del respectivo concejo municipal (Art. 219 del Decreto N° 1301 de 1940), o por petición específica del propietario (Art. 220 del Decreto N° 1301 de 1940). Pero, una vez en firme la providencia administrativa que lo establece, salvo las causales sobrevinientes de mutación (Arts. 176 y 178 del Decreto 1301 de 1940 y 93 de la Resolución número 1173 de 1965), es relativamente invariable, bien porque no ha vencido el período legal de su vigencia para que pueda ser renovado, o porque no se den los motivos excepcionales de revisión; en este sentido existe en favor del propietario del fundo, **no un derecho constituido en su favor sobre el avalúo catastral, sino uno procesal** consistente en que éste no se renueve o revise discrecionalmente en cualquier tiempo, sino, en el primer caso, en la oportunidad legal, y, en el segundo, sólo en los casos excepcionales indicados. Lo mismo sucede, mutatis mutandi, con el autoavalúo que puede practicar el propietario de un fundo rural, de conformidad con la ley (Arts. 3º y 6º del Decreto-ley número 2895 de 1963, 2º y 3º del Decreto reglamentario número 181 de 1964), cuya vigencia, como la del avalúo catastral, es bienal.

Por consiguiente, en el caso sub judice, una vez en firme la Resolución número 064 del 13 de diciembre de 1972, que puso término a la actuación administrativa tendiente a determinar el avalúo catastral del predio de propiedad del actor, era inmodificable y, por lo mismo, **no podía ser revocada por ningún motivo** como la declaratoria de nulidad de la actuación administrativa, sino sustituida, en todo o en parte, por mutación, renovación o revisión del avalúo catastral. Si la administración estimó que el acto mencionado estaba afectado de un vicio que lo hacía ilegal o irreglamentario no podía erigirse en juez de su propia actuación, sino que debía ocurrir, mediante la acción pertinente, ante el órgano jurisdiccional competente.

En consecuencia, el oficio número 06-1947 de fecha 7 de marzo de 1973, del Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y la Resolución número D-017 del 28 del mes y año indicados, expedida por el Director de Catastro del Cauca, desconocieron la situación jurídica particular creada en favor del propietario, con el alcance indicado, por la Resolución número 064 del 13 de diciembre de 1972, emanada de la Comisión de Catastro Jurídico-Fiscal del municipio de Silvia y violaron, como afirma el actor, los artículos 30 de la Constitución, 24 del Decreto-ley número 2733 de 1959, 2º de la Ley 34 de 1920, 147, 148 y 220 del Decreto 1301 de 1940. De manera que es preciso declarar su nulidad, y consecuentemente la de las Resoluciones números 197 y 198, proferidas por la Comisión Jurídico-Fiscal, y D-058 de 1973, emanada del Director de Catastro del Cauca, y disponer, como restablecimiento del derecho, que el avalúo catastral del predio número 00-2-005-037, denominado Santa Clara, ubicado en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia, es de \$ 2.242.000.00, a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución número 064 de 1972 ya ameritada.

Como prosperan las peticiones principales, no es el caso de resolver la petición subsidiaria.



Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el señor Fiscal 1º de la corporación,

**Resuelve:**

1º Declárase la nulidad del oficio número 06-1947 de fecha 7 de marzo de 1973 del Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de la Resolución número D-017 del 28 del mes y año indicados, expedida por el Director de Catastro del Cauca.

2º En consecuencia, declárase la nulidad de las Resoluciones números 197 y 198, proferidas, respectivamente, el 26 de abril y el 18 de junio de 1973, por el Presidente de la Comisión de Catastro Jurídico Fiscal, y de la Resolución número D-058, dictada el 8 de octubre del mismo año por el Director de Catastro del Cauca. Ordénase cancelar los registros catastrales, tanto en las respectivas oficinas de catastro como en la Tesorería del municipio de Silvia, efectuados con base en los actos que se anulan.

3º Como consecuencia de lo anterior, declárase que el avalúo catastral del predio número 00-2-005-037, denominado Santa Clara, ubicado en la vereda de Ambaló, municipio de Silvia, y de propiedad del señor Aurelio Mosquera Caicedo, de conformidad con la Resolución número 064 del 13 de diciembre de 1972, expedida por el Presidente de la Comisión Jurídico-Fiscal del Cauca es de \$ 2.242.000.00, a partir del día siguiente al de ejecutoria de ese acto.

4º Como prosperan las peticiones principales, no es el caso de hacer ningún pronunciamiento sobre la petición subsidiaria.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese, mediante copia auténtica de esta providencia, y archívese el expediente, previa ejecutoria.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

**DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE  
AERONAUTICA CIVIL**

**PUBLICIDAD.— De la actuación de los órganos del Estado. Derecho a obtener certificaciones y copias de los documentos que existen en las secretarías y en los archivos de las oficinas administrativas, excepción hecha de la reserva. La regla general de la publicidad se deriva de la Constitución Nacional y sus excepciones las debe precisar el legislador, no la administración.**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—** Bogotá, D. E., mayo veintiséis de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 21 de mayo de 1976).

Ref.: 2390. Actor: Camilo González y Alberto Donadio.

Los ciudadanos Camilo González y Alberto Donadio en ejercicio de la acción pública contencioso administrativa, pretenden que se declare la nulidad de los numerales 8.3.4., 8.3.5., 8.5.9.11., y 8.6.4., del capítulo I de la parte octava. Seguridad Aérea del Manual de Reglamentos Aeronáuticos aprobado por medio de la Resolución número 2450 de 1974 (diciembre 19) que expidió el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

A continuación se transcriben las disposiciones que son objeto de la pretensión de nulidad:

“8.3.4. Solamente los miembros del Comité Asesor tendrán voto en las sesiones del organismo. Quienes asistan a las reuniones tendrán derecho a voz y tienen la obligación de guardar la reserva que exija la investigación”.

“8.3.5. La reserva a que se refiere el numeral anterior, se hace extensiva a todos los funcionarios del Departamento que tengan acceso a la investigación. En consecuencia, les queda por demás prohibido emitir conceptos, comunicaciones o cualquier clase de informes públicos o privados distintos a los destinados a la misma investigación. La publicidad a que haya lugar queda reservada a la Jefatura del Departamento”.

"8.5.9.11. Quienes sean oídos por el Comité Asesor, tendrán derecho a conocer el texto del informe preliminar durante las sesiones en que participan. Las demás piezas de la investigación serán reservadas en la medida que, para cada caso, determine el Comité Asesor".

"8.6.4. Cuando el Departamento lo considere conveniente, podrá publicarse el resumen de un accidente destinado a conocimiento general del público y que contengan normas de aconsejable observación".

### Síntesis de los cargos de ilegalidad

**1º Abuso de poder por usurpación de la potestad legislativa.** Las prescripciones sobre reserva de las actuaciones públicas constituyen materia de la competencia del legislador (Art. 76, numeral 1º de la C. N.). Ni el artículo 1848 del Código de Comercio que asigna a la autoridad aeronáutica la facultad de dictar los reglamentos relativos al procedimiento que debe seguirse en la investigación de accidentes aéreos, ni la atribución más general para dictar toda clase de reglamentos aeronáuticos, habilitan a esta entidad para asumir una función normativa que le incumbe exclusivamente al legislador no sólo por ministerio de la norma constitucional ya citada, sino también en virtud del artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal; por consiguiente, dice el demandante, que el acto acusado es violatorio del artículo 76 numeral 1º y de la disposición últimamente citada.

**2º Violación del artículo 1847 del Código de Comercio.** Afirma el actor que la reserva instituida en las disposiciones que se acusan constituye "un obstáculo en el proceso de dilucidación de las causas de un accidente", pues impide compartir la información que se obtenga con otros organismos del propio Departamento Administrativo o con funcionarios de organizaciones internacionales especializadas, o con otros expertos en la materia, lo cual resulta contrario a los fines que la ley le asigna a esas investigaciones (1847) y que consisten en determinar las causas probables del accidente para adoptar las medidas tendientes a evitar su repetición.

**3º Violación de la Ley 16 de 1972 aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** y en particular de su artículo 13 sobre la libertad de pensamiento y expresión que consagra el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole.

**4º Violación de los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo, 500 del Código de Procedimiento Penal, 179 del Código de Procedimiento Civil y 54 del Código Sustantivo del Trabajo,** porque a juicio del actor las disposiciones acusadas autorizan a los funcionarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica para negarse, a su arbitrio, a cumplir la obligación de cooperar en la producción de las pruebas judiciales.

**5º Violación del artículo 45 de la Constitución Nacional.** Porque las disposiciones acusadas pueden hacer nugatorio el derecho de petición, en cuanto éste se ejercite para obtener información relativa a las investigaciones de accidentes aéreos.

### Suspensión provisional

La Sala Unitaria decretó la suspensión provisional de los siguientes apartes de las disposiciones acusadas:

a) La parte final del artículo 8.3.4., que dice: "y tienen la obligación de guardar la reserva que exija la investigación";

b) El artículo 8.3.5., ibídem;

c) El aparte del artículo 8.5.9.11., que dice: "Las demás piezas de la investigación serán reservadas en la medida que para cada caso determine el Comité Asesor".

La fundamentación de esa providencia fue la siguiente:

"El artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal consigna un principio general según el cual los documentos que reposan en las oficinas del orden administrativo no son reservados, a menos que un texto expreso de la Constitución o de la ley les atribuya ese carácter. Tal principio se deriva de la naturaleza pública de dichos instrumentos y de la propia función que ejercen los organismos administrativos; pero como es posible que bajo ciertas circunstancias sea aconsejable mitigar el rigor de la regla, por razones de seguridad nacional, de eficacia del servicio o de conveniencia social etc., está prevista la posibilidad de consagrar excepciones, pero exclusivamente por ministerio de la Constitución o de la ley.

En las disposiciones acusadas, que hacen parte de una resolución dictada por el Departamento de Aeronáutica Civil, se establece la reserva de las investigaciones de infortunios aeronáuticos y se otorga a las autoridades de dicho Departamento la facultad de precisar el mayor o menor alcance que esa reserva pueda tener en los casos concretos.

La simple confrontación del texto legal antes transcrito con algunas disposiciones cuya suspensión provisional se solicita, permite concluir que, por simple vía reglamentaria se ha estatuido sobre materia reservada a la ley, lo cual configura manifiesta ilegalidad".

### La impugnación de la demanda

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se constituyó en parte impugnadora y alegó de conclusión en un extenso escrito. En relación con los cargos de ilegalidad expresa, en síntesis, lo siguiente:

1º Que la reserva es un principio general consagrado en diversas disposiciones del Código de Procedimiento Penal relativas al sumario (artículos 311, 313, 314, 641, 642, 643 y 644) y que en las disposiciones acusadas lo único que se ha hecho es recoger ese principio general, en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional y en el Código de Comercio para concluir en que no se ha usurpado la potestad legislativa y que, por lo tanto, no se configura la violación del artículo 76 numeral 1º de la Constitución Nacional.

2º En aras de la mayor fidelidad, la Sala transcribe el aparte del escrito en el cual la parte impugnadora glosa el cargo de ilegalidad por violación del artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal.

“No se necesita hacer ningún esfuerzo mental para comprender que la norma transcrita obra precisamente tanto en favor del DAAC como de las disposiciones acusadas, pues en ella se garantiza la institución de la reserva. Aquí cabe preguntar: será que de acuerdo con la argumentación de la parte actora el citado artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal es inconstitucional? ¿O será, más bien, que los demandantes no leyeron, lo copiaron?”

Igual cosa se puede decir de la jurisprudencia del Consejo de Estado que transcriben a renglón seguido, pues allí también aparece salvaguardada la reserva.

Ya se explicó en el capítulo anterior que la reserva de que hablan las normas acusadas sólo dura hasta el momento en que termina la investigación. A partir de este momento cualquier ciudadano, y con mayor razón los jueces y magistrados de la República, pueden libremente solicitar las copias que consideren necesarias y publicarlas si quisieran”.

3º Sobre el cargo de violación del artículo 1847 del Código de Comercio dice, después de transcribir algunas disposiciones del Manual de Reglamentos Aeronáuticos:

“De la simple lectura de los numerales transcritos se desprende que en la investigación de un accidente aéreo es obligatorio el permitir la asistencia y participación en ella de todo un numeroso personal técnico nacional o extranjero que puede hacer aportes positivos para el logro del éxito de la investigación. Es por esto que las normas acusadas hablan de reserva y no de secretos.

De este modo queda aclarado que tampoco en este punto les asiste razón alguna a los demandantes”.

4º En relación con el cargo de violación de la Ley 16 de 1972 aprobatoria de la Convención de San José de Costa Rica, afirma que la parte actora se olvida del contexto general de este instrumento y en particular de su artículo 32 en el cual se consignan obligaciones de la persona con la familia, la comunidad y la humanidad, de las cuales se deriva tanto la facultad de establecer la reserva sobre secretos técnicos (artículos 62 y 63 del C. S. de T.), como la posibilidad de configurar como causal de mala conducta de los empleados públicos por la divulgación de asuntos relacionados con el servicio, etc.

Agrega que en materia de derecho aeronáutico, no es el Convenio de San José el que debe invocarse sino el relativo a la aviación civil internacional suscrito en Chicago y aprobado por la Ley 13 de 1947, (sic). Después de citar una serie de disposiciones de este Convenio, concluye:

“Nuestro Manual de Reglamentos Aeronáuticos no es más que el resultado del obligatorio cumplimiento por parte de Colombia del Convenio de Chicago aprobado mediante la Ley 13 de 1947,

Este Convenio se halla vigente y en virtud de él nuestro país es miembro de la OACI en cuyo Consejo tiene asiento desde hace varios años por honrosa reelección consecutiva”.

5º En cuanto al cargo sobre violación de las disposiciones de nuestro régimen probatorio, dice que los argumentos de la demanda no tienen consistencia porque vencida la etapa de la investigación técnica “cualquier ciudadano y con mayor razón los jueces y magistrados de la República pueden libremente solicitar todas las copias de los documentos que deseen”.

### **Concepto del señor Fiscal 1º de la corporación**

Después de transcribir apartes del auto de suspensión provisional expresa el señor Agente del Ministerio Público:

“Consideran los demandantes que con esta norma se viola “la Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Sin embargo se confronta el texto de estas disposiciones, lo mismo el de las demás que se indican como violadas, no se ve ninguna contradicción, pues lo que consagra el numeral 8.6.4., es una autorización, al Departamento Administrativo de Aeronáutica para que, cuando lo considere conveniente, “publicar el resumen de un accidente destinado a conocimiento general del público y que contenga normas de aconsejable observación”. En ninguna de las disposiciones violadas que se citan, se dice que tal publicidad sea obligatoria, de modo que la autorización que se establece, en forma alguna las viola.

Como para la suspensión provisional de los numerales acusados se imponía reservas se consideró su manifiesta ilegalidad, es apenas lógico concluir que su nulidad será decretada en la sentencia respectiva, por lo cual al desaparecer definitivamente las restricciones allí consagradas, no importa que sólo se publique un resumen para que por otros medios se puedan conocer las demás circunstancias relacionadas con los accidentes aéreos a que se refieren las peticiones de la demanda.

Por todo lo anterior, en concepto de esta Fiscalía debe accederse a decretar la nulidad de las normas que ya fueron suspendidas y negar la correspondiente al numeral 8.6.4.”.

### **Consideraciones de la Sala**

#### **Aspectos fundamentales de la cuestión que se debate**

En un régimen de democracia representativa como el que nos rige, la participación ciudadana no se reduce al derecho de intervenir por medio del sufragio en la constitución de los poderes públicos; además de ello, los ciudadanos tienen la facultad de ejercer una vigilancia sobre la conducta pública de los agentes del Estado y el derecho de controvertir o discutir privada o, públicamente las actuaciones y las decisiones de los gobernantes y en general de todos los órganos investidos de autoridad pública. En desarrollo de este principio general de derecho constitucional que constituye como un supuesto esencial de nuestro régimen político, la Constitución colombiana prescribe la responsabilidad

de los funcionarios, en los términos que defina la ley (Art. 62) por infracción de aquélla y de ésta, ya sea por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio (Art. 20); correlativamente la propia Constitución les confiere a los particulares la facultad de formular denuncias y quejas contra los funcionarios (Art. 102) y les reconoce la libertad de expresar sus opiniones, sin excluir las que puedan formarse sobre los actos del Gobierno o de la administración pública y sobre la conducta de sus agentes. Naturalmente el ejercicio de tales facultades y derechos requiere, como presupuesto básico, que la actividad pública no se desarrolle secretamente o bajo el sigilo sino que como pública que es, así se ejercite y de esta forma quede constancia de ella. Se entiende que en un sistema totalitario o absolutista de gobierno el calificativo de pública aplicado a la actividad sólo tenga el sentido de lo atinente a la "res pública", pero bajo un régimen democrático y representativo y reconoce y garantiza la libertad, ese calificativo adquiere además otra dimensión: la de aquello que debe y puede ser conocido por todos, por el público.

Estas consideraciones le permiten a la Sala afirmar que en la Constitución colombiana está ínsito el principio general según el cual la actividad de los órganos del Estado no es reservada, ni secreta y que, por lo tanto, los ciudadanos salvo excepción constitucional o legal, tienen acceso a todos los documentos o instrumentos en donde conste su ejercicio.

Ahora bien, por ministerio de la Constitución le corresponde, de manera general al legislador ordinario y al extraordinario sólo en la hipótesis que prevé la misma Carta desarrollar sus preceptos, mediante los estatutos correspondientes, a través de los cuales se precisa y se detalla su alcance para hacerlos operantes; sólo en muy contadas hipótesis que no es pertinente analizar ahora, dispone el Gobierno de facultades directas de reglamentación constitucional, y entre éstas, lo cierto es que no se halla incluida la materia que ocupa ahora la atención de la Sala, vale decir a la relativa al desarrollo del principio general sobre la **publicidad** de la actuación de los órganos del Estado. En tal virtud ha de concluirse que las normas pertinentes sólo pueden provenir del Congreso en función legislativa, y del Gobierno únicamente cuando está investido de poderes extraordinarios. Ello explica por qué, disposiciones como los artículo 316 y 320 del Código de Régimen Político y Municipal (que facultan a los particulares para pedir certificación sobre actuaciones administrativas e impone a los funcionarios la obligación de expedirlas), los artículos 314, 641, 642, 643 y 644 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 2º del Decreto-ley 1651 (dictado en uso de facultades extraordinarias), Ley 81 de 1960 relativa a asuntos tributarios y muchas otras que sería prolijo enumerar, revisten la forma de leyes o tienen la fuerza de tales.

Vale la pena detenerse en el contenido de los artículos 316 y 320 del Código de Régimen Político y Municipal porque, en la medida en que son un desarrollo del principio constitucional de la publicidad establecen la regla general de que todo individuo tiene derecho a obtener certificaciones y copias de los documentos que existen en las secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo y que los funcionarios correspondientes tienen la obligación o el deber correlativo de expedirlos, salvo cuando se trate de materia sometida a reserva, lo cual significa que la reserva es la excepción.

Por otra parte el referido artículo 320, en desarrollo del mismo principio general de la Constitución, prevé en su inciso final que la reserva sólo puede estar consagrada en la **Constitución** o en la ley.

Es obvio que la publicidad de la actuación de los órganos públicos, no puede ser un principio absoluto porque existen razones de seguridad nacional, de alta conveniencia pública o social, de eficacia del servicio, etc., que pueden hacer aconsejable o necesario mitigar el rigor de la regla; pero como claramente lo preceptúa el artículo 320, las excepciones sólo pueden emanar de la propia Constitución o de la ley. Es así como se ha instituido la reserva del sumario, la reserva en asuntos tributarios, la reserva en materias relacionadas con la defensa nacional, con la seguridad del Estado, con el manejo de las relaciones exteriores, etc.

Si de la propia Constitución se deriva la regla general de la publicidad y, además por ministerio de la ley, se reserva a ésta la posibilidad de precisar las excepciones al principio, resulta evidente que ni el Gobierno en función reglamentaria, ni mucho menos otras autoridades inferiores de la administración pueden hacerlo.

#### **Las disposiciones cuya nulidad se pretende y su jerarquía normativa**

Se establece en ellas la reserva de las investigaciones sobre accidentes de aviación que le corresponda realizar a la autoridad aeronáutica en los términos del artículo 1847 del Código de Comercio para "determinar sus causas probables y la adopción de las medidas tendientes a evitar su repetición". Se trata, pues, de una investigación de tipo puramente administrativo de carácter estrictamente técnico con lo cual se persiguen dos finalidades; de una parte, establecer la causalidad de los accidentes y de otra prevenir la ocurrencia de éstos. En cuanto a lo primero, es evidente la trascendencia de esta indagación técnica sobre los procesos ulteriores a que haya lugar para establecer las responsabilidades consiguientes, porque de ella ha de resultar un recaudo probatorio que necesariamente tendrá incidencia en tales procesos.

Esa reserva consiste en que las piezas, documentos etc., relativos a la investigación no pueden ser conocidos sino por los funcionarios o autoridades que intervengan en ella, a quienes se les prohíbe hacerlas conocer ya sea por medio de conceptos, comunicaciones o bajo cualquier clase de informes públicos o privados distintos a los destinados a la misma investigación; no obstante se prevé que la publicidad a que hubiere lugar queda reservada a la Jefatura del Departamento y luego se precisa que sólo podrá publicarse el resumen de un accidente destinado a conocimiento general, del público, cuando a juicio del Departamento contenga normas de aconsejable observación. La reserva establecida es tan rigurosa que, en principio, ni las personas a quienes resuelva oír el Comité Asesor tienen acceso a piezas distintas al informe preliminar, a menos que el Comité disponga lo contrario. Lo único susceptible de ser hecho público es "el resumen de un accidente", pero ello solo es posible cuando el Jefe del Departamento lo considere conveniente.

No se discute en este proceso la competencia del Departamento de Aeronáutica para dictar los reglamentos aeronáuticos (Art. 182 del C. de Co.) ni, para expedir los relativos al procedimiento que debe se-



guirse en la investigación de los accidentes. Por ello, no es el caso de examinar el alcance de ese poder reglamentario lo cual, tampoco es necesario para el pronunciamiento sobre la pretensión formulada.

Ni en el Código de Comercio (libro 5º, segunda parte, capítulos I a XV) ni en la "Convención Libre de Aviación Civil Internacional" firmada en Chicago el 7 de diciembre de 1944 y aprobada por la Ley 12 de 1947, ni en ninguna otra disposición con fuerza de ley se ha prescrito la reserva de las investigaciones sobre accidentes aéreos. Por el contrario, en el artículo 26 de la expresada Convención, si bien se propicia que los procedimientos sobre investigaciones se conformen con los que recomienda el organismo aéreo internacional, sin embargo se consigna que ello sólo será obligatorio para las partes en la medida en que lo permita su legislación interna. Por lo demás en ese mismo artículo se prescribe la obligación de brindar al Estado donde está matriculada la nave accidentada, la oportunidad de **"nombrar observadores que se hallen presentes en la investigación"** y la de **"transmitirle el informe y las conclusiones sobre el caso en cuestión"**. Quiere decir lo anterior que la disposición invocada por la parte impugnadora, en lugar de servir como sustento de sus conclusiones, pone de manifiesto que la reserva prescrita en los reglamentos podría significar menoscabo de las garantías pactadas en la Convención, si no mediara al menos, parcialmente, lo preceptuado en el numeral 8.5.9.11., del reglamento.

A juicio de la Sala, en defecto de norma legal sobre reserva en las investigaciones de accidentes aeronáuticos debe regir lo preceptuado de manera general por los artículos 316 y 320 del Código de Régimen Político y Municipal según los cuales el jefe de una dependencia debe ordenar que por conducto de la secretaría se otorguen las certificaciones que se le soliciten, o las copias de documentos que reposen en la oficina. Naturalmente, si la certificación o el documento se relaciona con una investigación que aún no ha culminado, el funcionario deberá dejar constancia de ello e inclusive, cuando la actuación haya terminado también podrá hacer constar si fuere el caso que existen otros documentos sobre los mismos hechos y si lo estima necesario podrá hasta ordenar que la copia se extienda a otros documentos pertinentes para evitar abusos. (Ver artículo 113 del C. de P. C., por analogía).

Considera la Sala que la reserva de las investigaciones de accidentes aéreos no emana de la ley, sino de un simple acto de la administración dictado en función reglamentaria, como lo es el Manual de Reglamentos Aeronáuticos adoptado por la Resolución número 2450 de 1974 del Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y que por lo tanto, las disposiciones pertinentes de ese estatuto son violatorias del artículo 76 numeral 1º de la Constitución Nacional, y del artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal. En relación con el numeral 8.6.4. cuya suspensión provisional se abstuvo de decretar la Sala, cabe observar lo siguiente. En el se dispone: "cuando el Departamento lo considere conveniente podrá publicarse el resumen de un accidente destinado a conocimiento general del público y que contenga normas de aconsejable observación". La Sala Unitaria se abstuvo de decretar la suspensión provisional de esta disposición porque los términos de su redacción no le permitían precisar "prima facie" cuál era su verdadero sentido y alcance; por lo tanto, como era menester esa previa dilucidación no era posible concluir si era ilegal o no, vale decir que la violación no podía considerarse manifiesta.

La frase "podrá publicarse el resumen de un accidente" es susceptible de dos interpretaciones: podría significar que lo único susceptible de ser conocido es el resumen, siempre y cuando sea autorizado su conocimiento por el Departamento, si lo considera conveniente. También podría entenderse que la disposición solo prevé la posibilidad de una edición pública del resumen, a juicio del Departamento. Si lo primero, el numeral 8.6.4. sería ilegal por las razones ya dichas; si lo segundo no se advierte esa ilegalidad. Pero como de todas suertes las dos interpretaciones no pueden ser simultáneamente válidas, la Sala considera que la primera es la acertada por su concordancia con el contexto del acto reglamentario dentro del cual se inserta y porque la previsión de una publicación en el segundo sentido, librada al juicio de un jefe administrativo, es una disposición inane, pues un jefe superior de la administración en ejercicio de sus funciones ordinarias está en capacidad de ordenar publicaciones, si dispone de las partidas presupuestales que le permitan hacer el gasto.

La parte demandante aduce otras violaciones de la ley de carácter sustancial que la Sala no estima necesario examinar por cuanto ha llegado a la conclusión de que por la vía reglamentaria no podrán dictarse las normas acusadas.

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 de las siguientes disposiciones del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, adoptado por medio de la Resolución número 2450 de 1974.

1º La parte final del artículo 8.3.4., que dice: "y tienen la obligación de guardar la reserva que exija la investigación".

2º El artículo 8.3.5., *ibidem*.

3º El aparte del artículo 8.5.9.11., que dice: "las demás piezas de la investigación serán reservadas en la medida que para cada caso determine el Comité Asesor.

4º El artículo 8.6.4.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, el artículo 8.3.4., quedará así "solamente los miembros del Comité Asesor tendrán voto en las sesiones del organismo. Quienes asistan a las reuniones tendrán derecho a voz". Y el artículo 8.5.9.11., quedará así: "quienes sean oídos por el Comité Asesor tendrán derecho a conocer el texto del informe preliminar durante las sesiones en que participan".

Archívese el expediente previa ejecutoria.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**MARCAS.—** Estudio sobre las normas del Código de Comercio vigente, relativas a los aspectos sustantivo y procesal en esta materia. Registro como marca de los signos distintivos y de los lemas o frases de propaganda. La novedad, la especialidad y la licitud como características esenciales y condiciones de fondo de una marca.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—** Bogotá, D. E., junio tres de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

Ref.: Expediente número 2148. Actor: Compañía Elaboradora Colombiana de Muebles Ltda. "CEC".

La Compañía Elaboradora Colombiana de Muebles, Limitada, "CEC", domiciliada en Medellín, presentó demanda de plena jurisdicción contra la Resolución número 127 de febrero 15 de 1974, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio y contra la Resolución número 00808 de mayo 24 de 1973, proferida por la División u Oficina de Propiedad Industrial de la misma Superintendencia, para obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho, como aparece del respectivo libelo, cuya parte petitoria es como sigue:

"1. Que se anula la Resolución número 00808 de mayo 24 de 1973, emanada de la División u Oficina de Propiedad Industrial, de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se niega el registro de la frase de propaganda, "s'éntese, recuéstese, acuéstese", como marca de fábrica y comercio destinada a distinguir artículos comprendidos en la clase 20 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972, solicitada por la sociedad Compañía Elaboradora Colombiana de Muebles Limitada, (CEC) con domicilio en Medellín.

"2. Que se anula la Resolución número 127 de febrero 15 de 1974, de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se confirma la anterior Resolución número 00808 de mayo 24 de 1973, emanada de la División u Oficina de Propiedad Industrial, por medio de la cual se niega la concesión y registro de la mencionada frase de propaganda, como marca.

"3. Que, como consecuencia de lo anterior y como restablecimiento del derecho, se decide aceptar la pretensión de la solicitud y, en consecuencia, ordenar la publicación del extracto de la solicitud en la Gaceta de la Propiedad Industrial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 590 del Código de Comercio.

"4. Que así se ordena y comunica a la División u Oficina de Propiedad Industrial, de la Superintendencia de Industria y Comercio, para los correspondientes efectos legales".

Citó como quebrantados los numerales 1º y 2º del artículo 583, los incisos I y II del artículo 584 y el artículo 585 del Código de Comercio, y la clase 20 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972.

Como hechos expuso los siguientes:

**"Primero. La solicitud de concesión y subsiguiente registro de la frase de propaganda solicitada como marca.**

"1. En mayo 19 de 1972, la Compañía Elaboradora de Muebles Limitada, (CEC) domiciliada en Medellín, solicitó la concesión y registro como marca, del lema o frase de la clase 20 internacional, es decir, de la clase 20 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972.

"2. Dicha solicitud dio origen al expediente número 133423 de la Oficina o División de Propiedad Industrial.

**"Segundo. La pretensión de la solicitud de concesión y registro.**

"1. De acuerdo con la ley, la pretensión contenida en toda solicitud está integrada por tres elementos esenciales, a saber, signo, nombre del producto o productos, y clase de producto o productos.

"2. El **signo**, objeto de la marca, es la expresión nominativa compuesta "siéntese, recuéstese, acuéstese", como lema o frase de propaganda.

"3. Los **nombres o designaciones** de los productos, objeto de la marca, son: "Muebles, espejos, marcos, artículos (no incluidos en otras clases) de madera, corcho, caña, junco, mimbre, cuerno, hueso, marfil, ballena, concha, ámbar, nácar, espuma de mar, celuloide y sucedáneos de todas estas materias o materias plásticas".

"4. La clase de productos objeto de la marca, es la 22, es decir, la clase 20 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972.

**"Tercero. La iniciación del proceso administrativo de concesión y registro.** En octubre 31 de 1972, aparece la siguiente actuación:

"1. Se reconoció personería.

"2. No hubo auto admisorio de la solicitud, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 547 del Código de Comercio, por remisión que hace el artículo 597 del Código de Comercio.

**“Cuarto. La oposición policiva oficiosamente presentada por la administración.**

“Mediante el mismo citado auto de octubre 31 de 1972, la División de Propiedad Industrial, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 589 del Código de Comercio, oficiosamente presentó una oposición administrativo policiva contra la concesión y registro de la marca en los siguientes términos:

“El despacho considera que la marca solicitada “siéntese, recuéstese, acuéstese”, no puede registrarse porque consiste exclusivamente en un signo que puede ser usado en el comercio para designar el destino de los artículos o de la prestación de los servicios. Artículo 585, numeral 2º”.

“El solicitante tendrá un término de treinta (30) días a partir de la presente providencia para exponer las razones que sustentan la solicitud, de acuerdo con el artículo 589 del Decreto-ley 410 de 1971”.

**“Quinto. La contestación de la oposición policiva.** “Mediante memorial de diciembre 20 de 1972, se dio contestación a dicha oposición de la administración, dando las razones con las cuales la parte solicitante de la concesión y registro de la marca sustentaba la solicitud, y pedía el retiro de la mencionada oposición policiva.

**“Sexto. La no aceptación de la pretensión de la solicitud por la administración a quo.**

“La División de Propiedad Industrial negó la concesión y registro de la frase de propaganda, mediante Resolución 00808 de mayo 24 de 1973.

**“Séptimo. La no aceptación de la pretensión de la solicitud por la administración ad quem.**

“La Superintendencia de Industria y Comercio, al resolver el recurso de apelación interpuesto, confirmó la resolución de la oficina a quo, mediante Resolución número 127 de febrero 15 de 1974.

**“Octavo. Agotamiento de la vía gubernativa.**

“La citada resolución de la Superintendencia declaró agotada la vía gubernativa.

**“Noveno. La desviación de poder.**

“La autoridad administrativa no aceptó la pretensión de la solicitud de concesión y registro con desconocimiento de las normas legales, mediante las cuales se desarrollan los siguientes principios generales de derecho marcario.

“1º La regla general es la de que todo signo distintivo es susceptible de constituir marca.

“2º La regla de excepción es la de que sólo por excepción no pueden constituir marca algunos pocos signos que se emplean, en

forma exclusiva, para designar o calificar el producto, como la expresión cacao (sustantivo exclusivamente genérico) para el producto cacao, o la expresión azucarado (adjetivo exclusivamente descriptivo) para productos a base de azúcar.

“3º Las excepciones a la regla general son de estricta interpretación y aplicación restringida.

“4º Por ello, también, las dudas deben resolverse a favor de la regla general, según la cual todo signo es susceptible de adoptarse como marca, mientras no se trate de la designación natural, o común y corriente del producto. Así las palabras mesa, asiento, silla, son palabras exclusivamente necesarias, es decir, exclusivamente comunes y corrientes para designar, mesas, asientos o sillas.

“Pero cualquier otra palabra que no sea simplemente mesa, asiento o silla, aunque sea evocativa, no es exclusivamente mesa, asiento o silla.

“5º La regla general es la de que, en materia de marcas, a diferencia de lo que ocurre con patentes, el signo objeto de la marca no requiere ser absolutamente novedoso, sino que basta y sobra la simple novedad relativa.

“6º Hay novedad relativa en los signos llamados evocativos, por evocar la naturaleza o cualidades del producto. En tales casos, aunque el signo sea evocativo, el signo no es simple, total, perfecta o exclusivamente genérico, descriptivo o usual.

“7º La regla de excepción es la de que solamente se puede negar el registro de los signos que son simple o total o completa o exclusivamente genéricos, descriptivos o usuales.

“8º La administración ha venido interpretando y aplicando tales normas exactamente al revés.

“En efecto, la administración cree que la regla general es que ningún signo puede registrarse, y que sólo por excepción algunos pueden registrarse”.

A manera del concepto de la violación expuso:

### “Capítulo I

**“Condiciones de validez del signo para ser registrado como marca.**

“1. La Revista de la Propiedad Intelectual, número 3. del 3er trimestre de 1969, del Birpi, Oficinas Internacionales reunidas para la protección de la Propiedad Intelectual, Ginebra, en la página 129, el profesor **Aracama-Zorraquín**, textualmente expresa:

“Condiciones de validez del signo para ser registrado como marca.

“Dos son las condiciones que requiere la legislación argentina para que un signo pueda constituir marca.

“a) Carácter distintivo;

“b) Licitud.

“La condición de carácter distintivo puede considerarse desde dos puntos de vista:

“a) Desde el punto de vista intrínseco, esto es, considerando el signo en sí mismo, el carácter distintivo se llama novedad;

“b) Desde el punto de vista extrínseco, o sea, en relación con las otras marcas registradas o en uso, el carácter distintivo se llama “especialidad”.

“Por novedad se entiende lo que es propio del signo para identificar el producto y distinguirlo de los demás.

“La especialidad es la disimilitud de la marca con otras ya en uso o registradas.

“La licitud, a su vez, es la conformidad del signo con lo que no prohíbe la ley.

“Signos que no pueden constituir marca:

“Lo que precede se aclara y se comprende mejor si se tiene en cuenta cuáles son los signos que no pueden registrarse como marca.

“Obviamente, son aquellos que carecen de licitud y de carácter distintivo, es decir: de novedad y de especialidad”.

“2. Breuer Moreno, en su obra “Tratado de marcas”, Editorial Robis, Argentina, 1946, en la página 55, textualmente expresa:

“Las marcas, para ser válidas, deben llenar ciertos requisitos: deben ser especiales y novedosas en el sentido que se explicará a continuación. Las marcas que no presenten estos caracteres, impuestos por la naturaleza misma de la función que desempeñan, no tienen valor, no son marcas. Tampoco lo son, independientemente de su naturaleza, los signos cuyo registro ha sido expresamente prohibido por la ley por motivos de policía social o de conveniencia pública”.

“3. Nuestra legislación anterior.

“El artículo 30 de la Ley 31 de 1925, expresa:

“Podrán usarse como marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, las denominaciones de los objetos o los nombres de las personas bajo una forma particular, los emblemas, las iniciales y monogramas, escudos de armas, grabados, dibujos, etiquetas, sellos, timbres, relieves, franjas, figuras, nombres de fantasía, números, letras, palabras, signos, frases con dibujo especial, **solas o formadas en combinación** o tipo caprichoso, las envolturas, empaques, envases de los objetos y cualquiera otro signo “que revista

**novedad**" y "con el que se quiera distinguir la manufactura de una fábrica o industria; los objetos de un comercio o los productos "nacionales de las industrias agrícolas y extractivas" (subrayé).

"El artículo 32 de la Ley 31 de 1925 expresa:

"No se considerarán como marcas y "por consiguiente" no podrán registrarse las letras, palabras, nombres o distintivos e insignias que deban usar las entidades de derecho público, escudos o emblemas que usan las mismas, la forma y el color que se dé a los artículos o productos por el fabricante, **los artículos o locuciones que hayan pasado al uso general** y los signos que no presenten caracteres de **especialidad y novedad**, las **designaciones usualmente empleadas** para indicar la naturaleza de los productos o las clases a que pertenecen los dibujos, lemas o expresiones contrarias a la moral pública, el nombre de una persona natural o jurídica, sino se presentare bajo una forma peculiar y distintiva. Los nombres, escudos, escudos de armas de entidades y los retratos de las personas no podrán usarse como marca sin el consentimiento de ellas o de sus causahabientes" (subrayé).

#### "4. Las irregularidades que afectan la novedad.

"a) Las irregularidades de técnica marcario que afectan la novedad. Tales son la genericidad, la descriptividad y la vulgarización o usualidad del signo objeto de la marca;

"b) Las irregularidades de técnica marcario que afectan la especialidad. Tales son el uso o registro o solicitud anteriores por una primera persona, del signo distintivo objeto de la marca;

"c) Las irregularidades de técnica marcario que afectan la licitud. Tales son los signos contrarios a la moral pública, el orden público, y las prohibiciones especiales de la ley.

#### "Irregularidades que afectan la novedad.

"La novedad es también llamada lo novedoso, lo característico, lo intrínsecamente distintivo.

"Los signos genéricos, descriptivos o usuales hacen parte de los llamados **bienes de dominio público marcario**, porque pueden ser usados por cualquier persona y no son susceptibles de apropiación exclusiva.

"Como se expuso antes, las irregularidades que afectan la novedad son la genericidad, la vulgarización, y la descriptividad.

"Veamos lo que sobre estos tres puntos expresa David Rangel Medina en su "Tratado de derecho marcario", Editorial Libros de México, 1960. Nos permitimos resumirlo así:

"I. Hay genericidad, cuando para una determinada clase, o para un determinado producto de la clase registrable, el signo usable o registrable es preciso y necesario, por lo cual es signo natural y corriente para designar la clase o el producto.



“Así por ejemplo, pan, té, café, leche, alimento, almuerzo, sopa, etc., para productos de las clases 22 o 23 (según sea el caso) y que son clases de productos alimenticios.

“Así por ejemplo, transporte, tranvía, semáforo, ascensor, tornillo, automóvil, carro, barco, son genéricos para designar productos de la clase 12, que es la clase de productos automotores, por lo cual no son usables ni registrables como marcas, por tratarse de expresiones de dominio público, para tal clase de productos.

“Esas mismas expresiones sí son registrables para designar productos totalmente o relativamente distintos, como por ejemplo “tornillo” o “barco” para designar productos alimenticios.

“Tampoco es usable o registrable para productos de la clase 12, el dibujo o emblema que represente, por ejemplo, un semáforo, un barco, un automóvil, etc.

“Lo mismo debe decirse del emblema de un pez para productos de pesca. Y así hay infinidad de ejemplos. (“Tratado de derecho marcario”, de David Rangel Medina, página 299).

## “II. Vulgarización o lo común (Obra citada, Pág. 327).

“Hay vulgarización, cuando el signo fue usado o registrado como marca por alguien, pero luego cayó en el uso común y en el dominio público, por lo cual, de marca que era, degeneró en simple signo común y usual.

“En Colombia, sólo pasan a ser comunes las marcas registradas declaradas comunes en juicio exclusivamente encaminado a ello, por la sencilla razón de que si están registradas, las cobija la presunción de legalidad de que son marcas.

“Si la marca es simplemente usada es claro que no está protegida por dicha presunción de distintividad intrínseca, pero puede probarse que posteriormente ha adquirido sabor distintivo (Art. 584).

“Tal ocurrió por ejemplo, con **lanolín**, en Alemania, **vaseline**, en Francia y **aspirin**, en Estados Unidos; que en tales países degeneraron en signos de dominio público.

“Así también “**pullman**” que, de marca que era, pasó a ser un vocablo común para designar ciertos medios de transporte.

“El emblema o dibujo de un “**rayo**” para artículos eléctricos, es otro caso mencionable a propósito de signos marcarios que dejaron de ser característicos y pasaron a ser comunes.

## “III. La descriptividad. (Obra citada, Pág. 349).

“Hay descriptividad, cuando el signo empleado sin ser propiamente “genérico” o “vulgarizado”, describe la naturaleza, composición o cualidades del producto o de la clase.

“Descriptiva puede ser una frase o un sustantivo con función totalmente calificativa, (vino de uva, galleta de cacao, dulce de

coco) un radical o una desinencia (raíces y terminaciones científicas): un adjetivo, un emblema, etc. (alimenticio, achocolatado, sabroso, gustoso, dulce, seco, malteado, bueno, mejor, etc., para la clase 30) (Locomotor-a, semaforico-a, transportador-a, automotor-a, para la clase 12).

“Lo mismo podría decirse de la vid, como emblema de vinos.

## “Capítulo II.

“La novedad absoluta y la novedad relativa en los signos adoptables como marcas.

“1. **Gabino Pinzón**, en su obra “Introducción al derecho comercial”, Editorial Temis, 1966, Bogotá, en la página 326, expresa textualmente lo siguiente:

“La marca ha de tener también novedad, para que con la función de distinguir el producto cumpla también la de ser un factor de regulación de la competencia comercial.

“La novedad debe entenderse en sentido relativo, no ya absoluto, como el de las invenciones industriales.

“Puede ocurrir la novedad absoluta en las marcas con denominación de fantasía, pero no es indispensable para disfrutar de la protección legal.

“Así, pues, puede la marca ser antigua o vulgar, o ya empleada como marca para individualizar productos de otra industria y aun valer como tal marca en una industria distinta, si la aplicación es nueva”.

“2. **Breuer Moreno**, en su obra “Tratado de marcas”, 2ª edición, 1946, Editorial Robis, en la página 69 número 58, expresa textualmente lo siguiente:

58. “**Novedad**. La marca, además de ser especial, debe ser nueva. Pero **no es necesario que esta novedad sea absoluta**: no es necesario que sea creación de quien la registra, **porque el signo más banal puede constituirlo**. Basta con que el signo no esté registrado o con que su uso no se haya generalizado tanto con relación a los productos a proteger, que se haya convertido en su denominación usual o genérica.

“La ley establece en el inciso 4º del artículo 3º que no constituyen marcas “los términos o locuciones que hayan pasado al uso ‘general y los signos que no presenten caracteres de novedad y especialidad”. Deja a la doctrina el determinar en qué consiste esta novedad.

“Debo insistir en que no es el signo en sí el que debe ser novedoso, sino su aplicación, y eso con las limitaciones que se expondrán en los parágrafos siguientes.

“El signo puede ser el más vulgar, el más banal; ello no obstará a que sea registrable como marca si, con anterioridad

a ese registro, no se ha identificado con el producto, si no ha llegado a ser su nombre corriente o uno de sus nombres usuales.

“No importa, por consiguiente que, antes, se haya usado como marca, o que un tercero lo haya tenido registrado si este tercero abandonó la marca porque si la primitiva marca ha caducado, está al alcance de cualquiera el volverla a registrar.

“En una palabra, debe considerarse novedosa, a los efectos de la ley, cualquier designación o cualquier signo que no haya pasado a ser designación precisa del producto que se desea proteger.

“69 Clasificación de las marcas registrables.

“Los elementos que la ley prevé como susceptibles de ser registrados, pueden agruparse en tres categorías : a) Los constituidos por denominaciones y palabras; b) Los dibujos; y c) Las formas materiales.

“a) Denominaciones y palabras.

“70. Denominaciones de fantasía. La ley autoriza expresamente el registro de las “palabras y nombres de fantasía”, sin definirlos.

“Pouillet dice que, denominaciones de fantasía, “son aquéllas creadas o no por el fabricante, que no despiertan forzosamente la idea del objeto al cual se aplican, que no se desprenden de la naturaleza o género del objeto y que son tan independientes del producto mismo, que éste puede ser reconocido y designado con otro nombre”.

“Me parece que esta definición es demasiado limitativa: una palabra puede despertar la idea del producto sin dejar de ser fantástica. El mismo Pouillet cita una serie de sentencias francesas que han considerado como de fantasía a muchas denominaciones evocativas. Por ejemplo, “crema de plata”, para designar una pasta para platear cubiertos; “prunellière” para designar un licor de ciruelas (“prune”, en francés, es ciruela); para distinguir un callicida (“cor” significa callo); “antracitina”, para distinguir un combustible; “acatene”, para distinguir una bicicleta sin cadena; “granito porcelana”, con relación a cerámicas duras; etc.

“Sin embargo, algunas veces, los tribunales federales argentinos han sostenido definiciones aún más restringidas que la de Pouillet. Por ejemplo, en el caso de Marcos Girlanzoni, ex parte, han sostenido que son palabras o nombres de fantasía aquellas que no despiertan por sí mismas la idea del producto al cual se aplican. De más está decir que, en estos casos, han rechazado el registro de marcas evocativas, es cierto, pero absolutamente fantásticas.

“En mi opinión, es de fantasía toda denominación que no pueda ser considerada genérica o precisa del producto a distinguir, aunque sea evocativa porque la fantasía puede consistir hasta en la deformación arbitraria que se haga de una denominación precisa o necesaria.

“Por otra parte, este es el criterio que, la mayoría de las veces ha primado en nuestra jurisprudencia; así la hemos visto admitir la validez de marcas tales como “alcoluz”, que distingue un alcohol de alumbrado, etc.

“Por otra parte, y con razón, la Oficina de Marcas ha concedido, entre muchísimas otras, las siguientes, todas evocativas del producto a que se aplican.

“Laxo ciruela’, para laxantes.

“Lactecol’, para productos lácticos.

“Laxo-magnesia’, para una magnesia purgante.

“Leche de magnesia’, para un preparado de magnesia.

“Malyl’, para un producto a base de malta.

“Piedra higiénica’, para un producto medicinal.

“Pluriglandina’, para extractos glandulares.

“Trimalta’, para un producto a base de malta.

“Carbonil’, para carbón.

“Iodarse’, para compuesto de iodo y arsénico, etc.

“En resumen, una denominación debe reputarse de fantasía: a) Cuando no tiene ninguna relación con el producto que distingue (por ejemplo, “tigre”, “ángel”, “el puente”, aplicadas a productos alimenticios); o b) Cuando, aún despertando idea de la naturaleza o composición del producto, no pueda considerarse como su denominación precisa y admitida corrientemente”.

### “Capítulo III

**“La innovación absoluta, o la regla general y la excepción en materia de signos adoptables como marcas.**

“1. Gabino Pinzón, en su obra “Introducción al derecho comercial”, Editorial Temis, 1966, Bogotá, en la página 324, expresa textualmente lo siguiente:

“Todo signo idóneo para cumplir la función indicada puede ser utilizado como marca; y, a su vez, ésta puede usarse en diversos tamaños y colores y en cualquier forma adecuada, como impresa, grabada, estampada, etc.

“El principio general en esta materia es, pues, el de la libertad de uso de cualquier signo apto para distinguir el producto y por cualquier procedimiento útil para facilitar su uso.

“En la ley están previstas expresamente las excepciones a este principio, mediante la indicación de los signos que no pueden ser

utilizados como marcas o que solamente pueden usarse con un sentido o alcance determinado y restringido, como en el caso de los nombres geográficos, que apenas pueden usarse para indicar la procedencia del artículo.

“Lo cual quiere decir que las disposiciones legales que excluyan o limitan el uso de ciertos signos son normas de estricta interpretación y de aplicación restringida, como verdaderas excepciones que no pueden ampliarse fuera de los términos expresamente previstos en la ley”.

“2. En la Revista de La Propiedad Intelectual número 3 del B. I. P. I., oficinas reunidas para la protección de la propiedad intelectual, en la página 129, el profesor Aracama Zorraquín, textualmente expresa:

“Como la ley no exige que el signo que constituya a la marca sea un signo material y como además las prohibiciones son de interpretación restrictiva puede afirmarse que nada hay en la ley que prohíba el registro de marcas sonoras, acústicas o auditivas. Sin embargo, hasta ahora, nadie se ha presentado solicitando protección para marcas de tal clase”.

### Considera la Sala

Las resoluciones acusadas expresan:

“La evocatividad se da en aquellas marcas que ofrecen una somera idea de un producto, o sugieren su naturaleza o utilidad, esto es, que remota o indirectamente se relacionan con el producto, efectuándose una deformación arbitraria sobre una denominación precisa que, al ser combinada con otros elementos fonéticos, permitan indicar al público su finalidad o composición.

“Al decir que se efectúa una deformación arbitraria sobre una denominación precisa, se está indicando que el resultado es absolutamente fantástico, esto es, que se está creando una palabra que no encaja idiomáticamente en los diccionarios conocidos.

“En el tema de propaganda “síntese, recuéstese, acuéstese” no se encuentra ninguna de las características de las marcas evocativas. Las palabras que lo componen siguen siendo claramente indicativas de su significado y por lo mismo de su destino, en cuanto a los productos que quiere amparar.

“Por otra parte, el referido lema no alcanza a ser lo suficientemente novedoso y especial, que son características primordiales de las marcas, que las hacen perfectamente **distintivas**, puesto que se trata es de distinguir, diferenciar los productos que se pretenden amparar de los demás de su misma especie.

“Es así como se ve, como lo afirma el interesado, que el conjunto compuesto se haya formado con elementos totalmente novedosos, puesto que son verbos conocidos como de uso común dentro de la lengua castellana.

“Como quiera que el artículo 585, numeral 2º, del Decreto-ley 410 de 1971, estatuye que no podrán registrarse como marcas las que consistan exclusivamente en un signo que pueda servir en la industria o en el comercio, para designar el destino de los artículos, el despacho considera procedente dar la aplicación a la referida norma en el presente caso”.

“Para resolver el recurso propuesto tenemos en cuenta las siguientes consideraciones:

“I. Sin esbozar una definición sobre el concepto de marcas, nuestro ordenamiento comercial en su artículo 583, nos lo describe como todo signo distintivo que a su vez es susceptible de ser clasificado como de producto o de servicios, según aluda a campos con que tales términos toca.

“La distintividad que, de acuerdo a la noción que del Código mencionamos, es un presupuesto esencial para que un signo pueda ser calificado como marca, ha sido entendida por la doctrina como la exigencia de que el signo debe especializar, individualizar y singularizar, puesto que el destino de la marca está en identificar: identificación relativa al producto o servicio a que se refiere la marca que está clasificado por el nomenclator internacional marcario. Luego la distintividad se predica del signo cuyo registro se solicita para una clase determinada y en relación con dicha clase por lo que lo distintivo para una clase puede no serlo en otra.

“La misma doctrina le ha endilgado a la distintividad los requisitos de la novedad y de la especialidad, considerando que ellos “integran la condición de signo distintivo que es en definitiva la esencia de la marca” (Rangel Medina).

“A. Consecuente con lo dicho sobre la relatividad de la distintividad, el requisito de la **novedad** se refiere a los demás signos distintivos, que constituyen marcas, referentes al mismo tipo de productos o servicios a que atañen. Por ello, sobre el tema ha dicho el tratadista mejicano David Rangel Medina que “El carácter novedoso que del signo se exige, se refiere fundamentalmente a las demás marcas, pero no a cualquiera de las existentes en el mercado, sino respecto a aquéllas destinadas a diferenciar la misma clase de productos. . . Para ser nueva es bastante con que la marca sea nueva por sí misma; basta que lo sea en su aplicación a saber, que no haya sido empleada para caracterizar productos (de la misma clase) o mercaderías de otra industria, empresa o establecimiento”. El tratadista argentino Breuer Moreno dice al respecto: “Debo insistir en que no es el signo en sí el que debe ser novedoso sino su aplicación.

“B. La **especialidad** surge en razón de la función diferenciadora que el signo distintivo convertido en marca debe tener, la cual sólo se da si éste tiene la suficiente originalidad para producir la atención en el comprador, lo que implica que la marca no debe consistir en un signo de una simplicidad tan elemental que malogre su papel de llamar la atención de los consumidores. Pero también la especialidad sólo alude a la categoría de productos o servicios para la cual el signo quiera registrarse como marca.

“La misma obra, en su artículo 584, hace una enumeración no limitativa de signos que tendrían el carácter de distintivos y serían susceptibles de registrarse como marcas si no se hallan dentro de las prohibiciones que en forma taxativa nos dan los artículos 585 y 586 del mismo estatuto y a las cuales seguidamente nos referimos.

“II. Los modernos estatutos de derecho marcario partiendo del presupuesto de que la marca debe ser distintiva objetivamente para que cumpla su función identificadora y de que aun a pesar de ser ésta una cuestión de hecho, dada su trascendencia en el mundo jurídico, han fijado una serie de reglas para determinar si un signo es distintivo y por tanto susceptible de registrarse como marca, ya para ello han fusionado los componentes de la distintividad (novedad y especialidad) con los principios rectores del derecho marcario: el orden público, la protección del consumidor y la protección del titular.

“Nuestro Código de Comercio en su artículo 585 ha conjugado el elemento de la especialidad con los postulados del orden público y la protección del consumidor. Por tanto, cuando se niega el registro de una marca alegando su ubicación dentro de alguna de las causales que la citada norma trae, implícitamente se está diciendo que no es distintiva por cuanto carece del elemento de la especialidad, o porque contraviene el orden público.

“A su vez, el mismo estatuto, en su artículo 586, da los casos en que el signo no es susceptible de registro marcario por carecer de la distintividad al faltar el elemento novedad que, como antes dijimos, en suma consiste en que no haya sido antes aplicado para la misma clase de productos o servicios. En esta forma se interrelacionan el presupuesto de la protección de los derechos de terceros con el elemento novedad.

“Ahondando en la relatividad de la distintividad, el artículo 584 en su inciso 2º, establece un criterio para determinar la registrabilidad marcaria de un signo basado en las circunstancias especiales que concurren citando en forma no limitativa:

“a) La duración del uso del signo en calidad de marca en Colombia u otros países, cuestión de especial aplicación en los casos de los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 585 y que consiste en la consagración de la costumbre como fuente del derecho mercantil, aludiéndose a los usos que son los hechos constitutivos de la misma y cuya existencia debe comprobarse de acuerdo a las normas contenidas en los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil para que surja la regla de derecho abstraída de esos hechos;

“b) El considerar distintivo el signo que se pretende registrar como marca en los medios comerciales colombianos o extranjeros, en cuyo caso no existe limitación probatoria alguna; estando ésta encaminada a demostrar no ya el uso sino la consideración distintiva del signo “en los medios comerciales” nacionales o foráneos.

“III. Dentro de los signos que podrían constituir marcas, el artículo 584 nos trae frases de propaganda. El legislador hizo tal

enunciación teniendo en cuenta, como lo dice el tratadista Breuer Moreno, que "hoy no es posible imaginar negocio pequeño o grande que trabaje sin propaganda, y la propaganda sólo puede efectuarse empleando marcas. El productor enseña al consumidor a pronunciar la palabra que bastará para que el detallista le entregue precisamente el artículo que desea; con esa sola palabra, el detallista sabe qué debe entregar entre millares de productos análogos. Se orienta el consumo y se le defiende, como se defiende al consumidor". Y la razón de tal hecho es de tipo histórico: La evolución de la industria y el comercio que se halla demarcada por dos períodos establecidos por la Revolución Industrial. En el primero, el productor se identifica con el comerciante: "Abastecía a su barrio y tenía una clientela adicta, que mantenía con él una relación de amistad personal, que le compraba su producción porque conocía sus dotes personales de trabajo o porque no podía acudir a otro proveedor...". Si el comerciante usaba una marca, era como firma de artista, pero no como instrumento eficaz de trabajo; no influía sobre las ventas. Con la Revolución Industrial nacen los conceptos de fabricante y mayorista desdoblándose el viejo comercio. Con el maquinismo surge la competencia y entonces el fabricante ha de recurrir a la marca como arma de defensa ante las imposiciones del mayorista y de la misma competencia, llegándose a afirmar que así como el comercio es la razón de ser del derecho comercial las marcas lo son del comercio.

"La marca requiere del elemento propaganda para realizar su función: "El fabricante adopta una marca para productos. Por medio de la propaganda la hace conocer; acostumbra al consumidor a solicitar tal marca del producto". Así lo han entendido los doctrinantes de la materia cuando entre las funciones de la marca le señalan la de la propaganda.

"Conviene ahora precisar a qué tipo de propaganda alude nuestro ordenamiento mercantil, para lo cual hemos de partir del concepto de la publicidad que en sentido general y según Demortain "es la característica de aquello que es público...".

"Sus especies están dadas por la finalidad perseguida y una de ellas es la publicidad comercial. Luego, si la publicidad en general es el arte de llamar la atención a través de los diversos medios adecuados para ello, tendrá el carácter de comercial cuando persiga un fin esencialmente comercial, que no es otro que la venta del producto o servicio.

"Algunos diferencian los conceptos de publicidad y propaganda. Otros los identifican. Estamos con los últimos. El único tipo de propaganda o para seguir la terminología del Código, de "frases de propaganda", susceptible de registro marcario, es la comercial.

"De acuerdo a la enumeración del artículo 584, los signos que pueden emplearse como marcas son tres tipos: **plásticos**, conformados por envases y formas de productos; **figurativos**, comprendidos por dibujos, emblemas, envolturas, relieves, disposiciones de colores estampados, sellos, timbres, orlas, viñetas y bandas; y **no-**



**minativos**, que son los nombres geográficos, los nombres de las personas, las letras, las palabras de cualquier idioma, las cifras, los seudónimos, las denominaciones arbitrarias o de fantasía y las frases de propaganda.

“Según lo dicho podemos definir las frases de propaganda susceptibles de registro marcado como **el conjunto distintivo integrado por series nominativas, a través del cual se ejerce una acción premeditada sobre un público definido con el fin de atraerlo o conservar la clientela sobre un producto o servicio.**

“La definición nos está indicando:

“1º Que este tipo de signos genera las llamadas marcas nominativas “que también se conocen como nominales, denominativas, nominadas, fonéticas o de palabra”, que se suelen definir como las que se componen exclusivamente de una o más palabras (Rangel Medina) y que dentro del tipo que estamos estudiando asimismo estará integrada por varias palabras que serán las que constituirán las frases de propaganda.

“2º Que la distintividad se exige es del conjunto y no de cada una de las palabras integrantes del signo: se requiere una combinación distintiva de elementos sin importar que aisladamente carecieran de la novedad y/o de la especialidad.

“Luego, no es cierta la afirmación del memorialista cuando dice: “así como la marca debe ser **novedosa, lícita y distintiva**, la frase de propaganda responde a otro criterio, cual es el de que no es precisamente un signo distintivo sino por el contrario, un conjunto de signos nominativos encaminados a vender el artículo al cual se aplican”. Como uno de los signos enunciados por el artículo 584 como susceptibles de registros marcarios las frases de propaganda deben reunir los requisitos que el Código de Comercio exige para ello y entre los cuales está la distintividad, aunque si bien es cierto y ya lo anotamos en el punto primero, los requisitos han de medirse de acuerdo a la naturaleza y finalidad del signo a convertirse en marca.

“3º Como lo anota el memorialista, las frases de propaganda pueden servir como marca “para cualquiera de las clases del nomenclator oficial marcario del Decreto 755 de 1972”, pues al igual que los demás signos a que se refiere el inciso 1º del artículo 584, la ley autoriza su registro (como marca) en cualquiera de las clases del decreto antes mencionado.

“4º Se señala la finalidad de las frases de propaganda, cual es la de ejercer una acción premeditada sobre un público definido (la clientela) para atraerlo o conservarlo en relación con la venta de un producto o servicio.

“Por tanto, y de acuerdo a lo ya señalado, los requisitos para su registro como marca han de analizarse de acuerdo a esta finalidad, sin que por ello se llegue a aceptar la afirmación del memorialista de que la frase de propaganda “tiene que tener forzosamente relación descriptiva con la marca que se aplica al producto,

pues de lo contrario no cumpliría su misión"; afirmación que no es exacta por cuanto los signos descriptivos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 585, numeral b), son irregulares, ya que "no sirven para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras empresas y, por lo tanto, tienen que quedar a la libre disposición de todos".

"El error del recurrente está originado en considerar que la frase de propaganda alude a una marca y no a un producto o servicio, consideración que además de carente de toda fundamentación legal limita el sentido y la utilización que nuestro Código ha dado a este tipo de signos en el derecho marcario; las frases de propaganda, al igual que los demás signos traídos por el artículo 584, son para productos o servicios.

"Dos situaciones pueden presentarse en la solicitud de una frase de propaganda como marca, a saber:

"1º Que la petición se refiera a marcas compuestas, es decir, frases de propaganda con alguno de los otros signos que se consideren como distintivos.

"2º Que aluda a marcas simples, o sea, sólo frases de propaganda, en cuyo caso se presentan las siguientes variantes:

"a) Que el registro de la frase de propaganda se solicite con posterioridad al de la marca madre u original y en forma independiente;

"b) Que el registro sea solicitado con posterioridad al de la marca madre u original pero dependiendo de ella.

"En la primera situación los requisitos para registrar la frase de propaganda son los mismos que para cualquier otro signo. En la segunda situación los requisitos dependen de las diversas circunstancias anotadas, así:

"En cuanto a la establecida en el numeral a) las exigencias continúan siendo las mismas.

"En relación con el numeral b) estimamos que, además de los requisitos generales, existen unos especiales, cuales son:

"1º Que la marca madre exista, bien en uso o registrada.

"2º Que la solicitud sea hecha por el propietario de la marca madre u original, con la expresa indicación de que la pide como anexa de la misma.

"Con lo anterior estamos indicando que no compartimos lo afirmado por el memorialista en el punto c) de la cuarta consideración en donde pretende que para que pueda haber registro marcario de una frase de propaganda es necesario el previo registro de una marca madre u original; tesis que consideramos restringe sin fundamento jurídico alguno los posibles casos de registrabilidad de dicho signo y que es una consecuencia de la confusión de

la frase de propaganda con la marca a que ya nos referimos anteriormente.

“IV. Nos corresponde ahora aplicar los conceptos y principios establecidos en los puntos anteriores en relación con la frase de propaganda **siéntese, recuéstese y acuéstese**, cuyo registro fue negado por la División de Propiedad Industrial mediante Resolución N° 00808 de mayo 24 de 1973. Aunque en la petición inicial no hace expresa alusión del memorial sustentatorio del recurso de apelación se desprende que la solicitud está enmarcada dentro de la segunda situación, caso a), y entonces debemos analizar si reúne los requisitos que para ella hemos establecido:

“Existe una marca madre, **“Reclinomatic”**, registrada; la solicitud se hace por el propietario de dicha marca y previa la advertencia anterior aceptamos que la hace con expresa indicación de que la pide como anexa a la misma.

“En cuanto a los requisitos especiales, puesto que en lo tocante a los generales, más concretamente en lo relacionado con la distintividad, tenemos que la frase de propaganda cuyo registro se pretende está incurso en la causal que el numeral 2° del artículo 585 enuncia como de falta de distintividad en un signo por considerarlo exclusivamente descriptivo por “designar el género, la especie... el destino”, como es el caso de **siéntese, recuéstese y acuéstese**, signo nominativo cuyo conjunto describe el destino de los bienes o servicios que estarían amparados por la clase veinte de la clasificación internacional, en especial tratándose de muebles, que permiten las operaciones de **sentarse, recostarse y acostarse**, a que se refiere la clase de propaganda cuyo registro se solicita. Comentando dicho numeral el entonces **Birpi** en la “ley-tipo para los países en desarrollo sobre marcas, nombres comerciales, y competencia desleal”, página 25: “Esta disposición declara inadmisibles para el registro como marcas los signos o indicaciones que se hayan de considerar como exclusivamente descriptivos de las características de los productos o servicios de que se trate. Los signos exclusivamente descriptivos no pueden, por su carácter mismo servir para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y, por lo tanto, tienen que quedar a la libre disposición de todos”. Y, como lo anotó Breuer Moreno, citado por el recurrente, “los slogans, las frases comerciales, pueden ser registrados como marcas, cumpliendo los requisitos de la ley”.

“En el presente caso y de acuerdo a lo ya señalado se observa que el signo nominativo no cumple las exigencias que la ley establece para que pueda ser registrado como marca, por lo que este despacho,

**“Resuelve:**

Artículo 1° Confirmar la Resolución N° 00808, de mayo 24 de 1973, originaria de la División de Propiedad Industrial.

“Artículo 2° Declarar agotada la vía gubernativa.

“Artículo 3° Vuelvan las presentes diligencias a la oficina de origen.

“Artículo 4º Revalídese el papel común.

“Artículo 5º Publíquese el texto de la presente providencia en la Gaceta de Propiedad Industrial”.

El señor Fiscal de la corporación, en su concepto de fondo, dijo:

“En las normas que se indican como violadas se dispone:

“Artículo 584. Podrán emplearse como marcas denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma, nombres propios, seudónimos, nombres geográficos, frases de propaganda, dibujos, relieves, letras, cifras, etiquetas, envases, envolturas, emblemas, estampados, timbres, viñetas, sellos, orlas, bandas, las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo.

“Para apreciar si el signo es distintivo se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurren como la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros.

“Artículo 585. No podrán registrarse como marcas:

“1. Las que consistan en forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial.

“2. Las que consistan exclusivamente en un signo que pueda servir en la industria o en el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios.

“3. Las que consistan exclusivamente en un signo que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se haya convertido en una designación usual de los productos o servicios de que trate.

“4. Las que por otras razones no permitan distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra.

“.....”

“Como puede verse de la primera de las normas transcritas, la ley es bastante amplia en la regulación marcaria, a punto tal que permite “emplearse como marca denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma... frases de propaganda... las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo”.

“Frente a esta norma, que como ya se dijo es bastante amplia, y como también lo sostiene el demandante, es de carácter general, se consignan en el artículo siguiente las limitaciones que por ser exceptivas son de interpretación restringida.

“En lo que se relaciona con la frase “siéntese, recuéstese, acuéstese”, cuyo registro se ha pretendido, no cabe duda que se

trata de una frase de propaganda, y como tal se encuentra comprendida, dentro del enlistamiento que expresamente se hace en el inciso 1º del artículo 584 del Código de Comercio.

“En la segunda de las resoluciones acusadas se dice que “la frase de propaganda cuyo registro se pretende está incurso en la causal que el numeral 2º del artículo 585 enuncia como falta de distintividad en un signo por considerarlo exclusivamente descriptivo por “designar el genero, la especie, ... el destino...” y más adelante se agrega: “los signos exclusivamente descriptivos no pueden, por su caracter mismo servir para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otra y, por lo tanto, tienen que quedar en la libre disposición de todos...” (fl. 33).

“Lo primero que debe observarse sobre lo anterior, es que de la frase “sientese, recuéstese, acuéstese”, no puede afirmarse que sea un signo “exclusivamente” descriptivo, porque con ella nada se describe; tal vez habria sido explicable calificar tal frase como “un signo que pueda servir... para designar... el destino” vocablo éste que si esta contenido dentro de las restricciones que consagra el artículo 585 en su numeral 2º, pero, aun así, debe advertirse que esta misma norma exige que sea “exclusivamente”, lo cual no puede afirmarse de la frase discutida.

“La palabra “exclusivamente” es bastante categórica, y por lo mismo no admite interpretaciones extensivas ni menos dudosas.

“Lo exclusivo implica incompatibilidad en la concurrencia con otros elementos y esta singularidad no se da en la indicación del destino que comercialmente se le asigna a la frase “sientese, recuéstese, acuéstese”.

“Ante esta falta de exclusividad del signo y, sobre todo, frente a la amplitud del contenido de la norma general, considera esta fiscalía que la frase referida si puede ser objeto de registro marcario, y por consiguiente no ha debido negarse la solicitud pretendida.

“En conclusión, en concepto de este despacho debe accederse a las peticiones de la demanda”.

Como no se observa causal de nulidad de la actuación,

#### Para resolver, se considera

La demanda fue presentada por el doctor Germán Cavellier en calidad de agente oficioso de la sociedad anteriormente nombrada y ratificada por la sociedad “Gaviria Zuluaga y Cía., Colectiva”, nombre actual de la “Compañía Elaboradora de Muebles, Ltda.” “CEC” (fls. 59 y vuelto y 60, cuaderno 1º).

El Código de Comercio en vigor contiene dos series de normas en materia de marcas, relativas tanto al aspecto procesal como al sustantivo.

## I. Normas procesales

Se subdividen en dos clases: a) Las atinentes a la forma y trámite de la solicitud (Arts. 587, 589 y 590 del C. de Co.); y b) Las relativas a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro (Art. 591, *ibidem*).

a) Las normas de la primera clase a su vez se distinguen en: 1º Normas referentes a la solicitud. 2º Normas sobre oposición oficiosa de la administración. 3º Normas de publicidad de la solicitud, y 4º Normas sobre oposición de los particulares.

1º La solicitud deberá ajustarse a lo preceptuado por el artículo 587 del Código de Comercio, el que dispone:

“La solicitud de registro de una marca deberá presentarse en la Oficina de Propiedad Industrial y comprenderá:

“1º La indicación del nombre y domicilio del solicitante.

“2º La descripción de la marca con la enumeración clara y completa de los productos o servicios para los cuales se solicite el registro de la misma; y

“3º Reproducciones de la marca (Decreto 753 de 1972, 3º)”.

El artículo 3º del Decreto 753 de 1972 reglamentó el numeral 3º del transcrito precepto del Código de Comercio así:

“Conforme lo prescribe el ordinal 3º del artículo 587 del citado ordenamiento, toda solicitud de marca deberá formularse con tres ejemplares que la reproduzcan en idéntica forma; cuando se trate de distintivos, se acompañarán muestras de los mismos en igual número, adheridos todos a sendas hojas de papel sellado.

“Se adjuntará asimismo, un grabado o clisé que corresponda exactamente al objeto de la respectiva solicitud, con las mismas dimensiones fijadas para los modelos y dibujos industriales”.

Y el artículo 8º del Decreto 755 de 1972 complementó lo anterior así:

“Cuando por cualquier causa la Oficina de Propiedad Industrial discrepare de la clasificación indicada por el interesado, le señalará la que juzgue correcta para que modifique su solicitud”.

A la solicitud deberán acompañarse, además, los recibos que acrediten el pago de los derechos fiscales y de publicación del extracto de la solicitud en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

Esta etapa constituye el examen de forma de la solicitud.

2º Si ésta reúne los antedichos requisitos, debe la administración examinar si la marca cuyo registro se pretende puede registrarse, al tenor de lo preceptuado por los artículos 585 y 586 del citado Código de Comercio (Art. 589, C. de Co.).

Es la etapa de la oposición oficiosa de la administración.

3º Si la Oficina de Propiedad Industrial considera la solicitud aceptable, se ordenará la publicación de su extracto en la Gaceta de la Propiedad Industrial (Art. 590, inciso 1º).

4º Dentro de los treinta días siguientes a la publicación del referido extracto, cualquiera persona podrá oponerse al registro de la marca (Art. 590, inciso 1º, *fine*).

Presentada la oposición, la Oficina de Propiedad Industrial señalará un término de prueba de treinta días, así: diez para pedir las y veinte para practicarlas (Art. 590, inciso 2º).

Las pruebas se practicarán, obviamente, en la mencionada Oficina.

Es la etapa de la oposición de los particulares.

b) Las normas procesales de la segunda clase o relativas a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro son:

1º Las relativas a la decisión de la oposición: corresponde a la Oficina de Propiedad Industrial resolver sobre la oposición.

Ya lo ha dicho esta corporación y se reitera en este fallo, que los artículos 587, 589, 590 y 591 forman un todo que rige la tramitación administrativa de la solicitud de registro de una marca. (Fallo, Sala Plena, noviembre 28, 1975, Exp. 10017).

Antes de la vigencia del Código de Comercio de 1971, correspondía a la justicia ordinaria el trámite de las oposiciones de los particulares al registro de marcas, oposiciones que suspendían el procedimiento administrativo para dar lugar a la contención civil, resuelta la cual volvía el expediente a la Oficina de Propiedad Industrial para continuar la tramitación, si la oposición fracasaba, o para archivar la solicitud, si prosperaba.

El Código de Comercio en vigor atribuyó a la administración el trámite y decisión de esta oposición (Art. 591).

2º Lo pertinente a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro está contemplado por el artículo 591.

Si no hubiere oposición o ésta fuere negada, se ordenará por medio de resolución el registro de la marca. En firme la respectiva providencia, se expedirá por la Oficina de Propiedad Industrial un certificado en forma de diploma, para acreditar el derecho. Este certificado (todo, no sólo un extracto del mismo), se publicará por una sola vez en la Gaceta de la Propiedad Industrial (Art. 591).

Tanto en la resolución como en el certificado se determinará la clase para la cual se concede la marca, conforme a la solicitud.

Todo certificado deberá referirse a una sola clase de las establecidas por el Decreto 755 de 1972 (Art. 9º, *ibídem*).

En esta etapa pueden distinguirse nítidamente dos procesos: el gubernativo de concesión, que culmina con la resolución que ordena el

registro de la marca y la expedición del certificado, y el proceso gubernativo de expedición y registro del título.

No sólo por lo anteriormente dicho, sino también porque el artículo 616 del Código de Comercio habla de la "concesión de la marca" y de su inscripción en la Oficina de Propiedad Industrial, debe la Sala subrayar que el **proceso gubernativo de concesión** culmina con la expedición de un acto administrativo, la resolución que concede u ordena el registro de la marca pedida para la clase o clases solicitadas; en tanto que el **proceso gubernativo de "inscripción" o "registro"** consiste en la expedición del certificado o certificados de registro para cada clase y en la inscripción del mismo o de los mismos en la Oficina de Propiedad Industrial.

Son, pues, dos actos administrativos diferentes pero necesarios en su conjunto para que el solicitante adquiera el derecho al uso de la marca registrada y al privilegio que del registro surge, no sólo frente a la administración sino frente a terceros, éstos, de la resolución que concede el registro y del certificado en que consta el derecho, debidamente inscrito como lo previene el artículo 616, certificado que es un acto de ejecución del que ordena el registro. En caso de acción contencioso administrativa, es preciso acusar ambos actos y no sólo uno de ellos, porque la acción que concede el artículo 596 es contra el certificado; mas si no se demandare la nulidad de la resolución al mismo tiempo, ésta continuaría en vigor y produciría efectos como acto administrativo firme.

Y si la demanda se enderezare sólo contra la resolución, el certificado continuaría en pleno vigor, ya que según la citada norma es preciso pedir su nulidad. Sobre este particular reitera la Sala la doctrina contenida en el fallo de fecha marzo 22 de 1976, expediente número 2095.

## II. Normas sustanciales

Son las relativas al examen de fondo de la pretensión contenida en la solicitud.

Mediante el proceso gubernativo que se surte ante la Oficina de Propiedad Industrial, al tenor de las normas precedentemente analizadas, la administración efectúa ese examen en dos oportunidades: a) Al formular "oposición oficiosa"; y b) Al decidir de la "oposición de cualquiera persona".

a) Las "**oposiciones de derecho público**", es decir, las que formula la propia administración, se califican también de "oposiciones de policía oficiosa" u "oposiciones policivas", nombres éstos que no dan una idea clara de la naturaleza de tales oposiciones.

Admitida desde el punto de vista formal la solicitud, debe la administración examinar de oficio si la marca cuyo registro se solicita puede registrarse, por no hallarse comprendida en ninguna de las causales que, al tenor de los artículos 585 y 586 del Código de Comercio, impiden el registro de un signo distintivo como marca (Art. 589, ibídem).



Es característica de estas "oposiciones oficiosas" de la administración, el que la Oficina de Propiedad Industrial actúa en interés de la ley. Su decisión en el sentido de que la marca solicitada no puede registrarse se pondrá en conocimiento del solicitante quien, en el término de treinta días, deberá exponer las razones que sustentan su solicitud (Art. 589, inciso 1º, C. de Co.).

Vencido dicho término, la Oficina decidirá de conformidad con los hechos que aparezcan en el expediente, al cual obviamente podrá agregar la propia administración, por conducto del funcionario que tramite la solicitud, toda clase de información (Art. 589, incisos 2º y 3º).

Contra la decisión negativa de la Oficina de Propiedad Industrial cabe el recurso de apelación ante la Superintendencia y contra ambos actos, el recurso contencioso administrativo en acción de plena jurisdicción. Sin perjuicio de intentar el recurso de apelación en subsidio del de reposición contra la resolución de la Oficina de Propiedad Industrial, al tenor de lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959.

En todo caso, es preciso agotar la vía gubernativa.

**b) Las "oposiciones de derecho privado"**, son las que formulan los particulares durante el término de que trata el artículo 590 del Código de Comercio, según el cual:

"Si la solicitud fuere aceptada, se ordenará la publicación de un extracto. Dentro de los treinta días siguientes a la publicación, cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca.

"Presentada la oposición, la Oficina de Propiedad Industrial señalará un término de prueba de treinta días así: diez para pedir las y veinte para practicarlas".

Ya ha dicho el Consejo y lo reitera la Sala en esta oportunidad, que la competencia tanto para tramitar como para decidir esta clase de oposiciones corresponde a la Oficina de Propiedad Industrial y no a la justicia ordinaria (sentencias del 24 de septiembre de 1975 y del 22 de marzo de 1976, expedientes 1930 y 2095).

Se ha sostenido que las llamadas "oposiciones de derecho público" deben ser decididas por la administración, no así las de los particulares. No obstante, es un error afirmar que las primeras se fundan exclusivamente en normas de "derecho público", en tanto que las segundas tienen su sustento en normas de "derecho privado", porque tanto las unas como las otras pueden basarse en la contrariedad de la solicitud con los artículos 585 y 586 del Código de Comercio. Es decir, que pueden fundarse unas y otras en normas de derecho público y en normas que tutelan el interés de los particulares. Desde este punto de vista, pues, no existe la pretendida distinción.

En cambio, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en fallo de la Sala Plena del 28 de septiembre de 1973 ("Foro colombiano" Nº 52, octubre de 1973, Pág. 435 y ss.), los artículos 589 a 591 del Código de Comercio forman parte de un procedimiento administrativo, el que culmina con la aceptación o rechazo de la oposición, lo que según el artículo 591 corresponde a la propia administración,

De allí que sea mejor calificar las oposiciones en examen de "oposiciones oficiosas de la administración" y "oposiciones a instancia de parte", nombre éste preferible al de "oposiciones de los particulares", porque también una entidad de derecho público, vr. gr., un departamento o un municipio, puede presentarlas.

La "oposición a instancia de parte" debe basarse, bien en que el signo distintivo cuyo registro como marca se pide, contraría las normas de "derecho público" contenidas en el artículos 585, Código de Comercio, bien porque esté comprendido dentro de lo dispuesto por el artículo 586, cuyos seis numerales se encaminan principalmente a tutelar intereses; los cuales pueden ser de particulares o de entidades de derecho público, como arriba se dijo, pero a los que no puede calificarse propiamente de "intereses públicos" protegidos por "normas de derecho público".

La distinción en estudio se hace patente frente a lo dispuesto por el artículo 586 del Código de Comercio, según el cual:

"El certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infringieron las disposiciones de los artículos 585 a 586; pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite. De esta acción conocerá el Consejo de Estado".

Esto es, que si la demanda se fundamenta en normas "de derecho público", en interés general, esto es en el artículo 585, Código de Comercio, no habrá término de caducidad o prescripción de la acción; en tanto que cuando se base en el quebranto del artículo 586, ibídem, la acción caducará a los cinco años contados a partir de la fecha del registro de la marca.

Esta caducidad opera aunque el demandante sea una entidad de derecho público, tal como un departamento o un municipio.

### El caso sub iudice

El proceso que se decide se originó en virtud de una "oposición oficiosa de la administración".

Las razones de ésta se hallan contenidas en los actos acusados, los cuales se transcribieron anteriormente. (Resolución N° 00808 de mayo 24 de 1973, fls. 16 y 17, C. 1° y Resolución N° 127 de febrero 15 de 1974, que confirmó la anterior, fls. 28 a 33).

No está de acuerdo la Sala con las anteriores razones de la Oficina de Propiedad Industrial y de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, como lo anota el señor apoderado de la sociedad actora, la regla general es la de que "todo signo que sirva o se halle destinado a distinguir los productos o servicios" de una empresa, es susceptible de registrarse como marca (Arts. 583 y 584, C. de Co.). Para que esto no sea posible, tal signo debe hallarse comprendido en las prohibiciones de que tratan los artículos 585 y 586 del Código de Comercio.

Lo dicho es aplicable a los **lemas o frases de propaganda**, ya que se les considera también como **signos distintivos**.

Para saber si el signo cuyo registro se pidió por la actora cumple los requisitos enunciados, es preciso ver, en primer lugar, si ese signo es **distintivo** y, en segundo término, si su registro no está prohibido por la ley.

### El signo distintivo

Resumiendo lo que expresan autores como Ramella ("Tratado de la propiedad industrial", tomo 2º, Nº 435), Aracama-Zorraquín ("Revista del BIRPI", "La propiedad intelectual", Nº 3 de 1969, Pág. 129). Breuer Moreno ("Tratado de marcas", 1946, Editorial Robis, Pág. 69, número 58), Gabino Pinzón ("Introducción al derecho comercial", Temis, 1966, Pág. 326), Rangel Medina ("Derecho marcario", Pág. 171) y Carrillo Ballesteros y Morales Casas ("La propiedad industrial", Temis, 1973, Págs. 203 y ss.), son características esenciales y al mismo tiempo condiciones de fondo de una marca: la **novedad**, la **especialidad** y la **licitud**.

La **novedad** debe entenderse en sentido relativo, no absoluto, como es el caso de las nuevas creaciones, vr. gr., de las invenciones. Tampoco se exige, como en éstas, que la marca sea creación de quien solicita su registro.

El signo puede ser el más banal, si con anterioridad a su registro no se ha identificado con el producto, si no ha llegado a ser su nombre corriente o uno de sus nombres usuales, si no ha pasado a ser la designación precisa del producto que pretende proteger, o de su naturaleza o de su función industrial.

El artículo 585 del Código de Comercio nos dice cuándo debe considerarse un signo como carente de esta novedad relativa, a saber:

1º Cuando consista en una forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial, vr. gr.: las expresiones "aceite" o "lubricante" para distinguir productos de la clase 4ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972.

Igualmente no es registrable la palabra "cacao", para distinguir una especie de chocolate, comprendida en la clase 30 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972: pero en cambio puede registrarse la palabra "tigre" para designar ese producto.

2º Tampoco pueden registrarse como marcas los signos que sirvan exclusivamente en la industria y el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios (numeral 2º del Art. 585).

Para que un signo carezca de novedad ha de ser **exclusivamente "descriptivo"** o exclusivamente "evocativo".

Se requiere que no exista novedad ni gráfica, ni fonética, ni ideológica. Porque si en el signo se encuentra un elemento siquiera novedoso, no habrá evocatividad o descriptividad.

Los signos **absolutamente genéricos**, tales como aquellos que **indiquen de modo exclusivo** el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, etc., o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios, no son registrables. Tales signos son "exclusivamente descriptivos".

Así la expresión "sentadero", o la locución "mueble para sentarse", son "absolutamente descriptivas" y caen dentro de la prohibición del numeral 1º del artículo 585 del Código de Comercio.

No ocurre otro tanto con la palabra "**rikas**" para distinguir galletas (signo registrado en Colombia según el certificado vigente número 24256).

No debe confundirse la "evocatividad" o la "descriptividad" de un signo con su identificación con el producto o servicio, o con la forma impuesta por su naturaleza misma o por su función industrial.

3º No pueden registrarse como marcas los signos que consistan **exclusivamente** en expresiones que hayan pasado al uso común o general, como sería el caso de la palabra "baquelita", para designar una pasta usada en la fabricación de artículos eléctricos, o de palabras que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se hayan convertido en una designación usual de los productos o servicios de que se trate. Vr. gr., la locución "envelope", para designar un sobre de carta (Art. 585, numeral 3º).

En síntesis, hay tres clases de irregularidades que afectan la novedad, las cuales están contenidas en los artículos 585 y 586 del Código de Comercio y constituyen excepciones al principio contenido en el artículo 584 del mismo Código, principio según el cual todo signo distintivo es registrable como marca, salvo que su registro esté prohibido por esos dos textos legales. Las irregularidades en referencia son: la genericidad, la vulgarización y la descriptividad.

Se da lo primero, cuando el signo que se pretende registrar como marca es exclusivamente el natural y corriente para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar, el origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios (Art. 585, numeral 2º).

Existe vulgarización, cuando el signo, en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país, se ha convertido exclusivamente en una designación usual de los productos o servicios de que se trate, o cuando, no obstante haber sido usado o registrado como marca, degeneró en signo usual y común (artículos 585, numeral 3º y 586, numerales 2º y 3º).

Es exclusivamente descriptivo el signo cuando, sin ser propiamente genérico o vulgarizado, describe la naturaleza misma del producto o del servicio, o su función industrial (Art. 585, numeral 1º).

**La especialidad** consiste en que el signo cuyo registro se solicita individualice e identifique los productos de la empresa respecto de los cuales se registre, y sólo éstos, en relación con cada clase de la nomen-

clatura internacional, de modo que los distinga de los de las demás y evite su confusión con éstos.

Por tanto, la marca ha de ser identificable en sí misma, para ser utilizada como distintivo de los productos.

Peca contra este requisito esencial de toda marca, aquella que distinga los productos de varios empresarios (excepto las colectivas: numeral 3º, Art. 583), o la que sea inidentificable, por ejemplo, un punto o una línea.

Por carecer de especialidad no son registrables como marcas los signos de que trata el numeral 8º del artículo 585 del Código de Comercio y los enumerados en el artículo 586, 2º a 4º, ibídem.

### La licitud de la marca

Además de lo dicho, no debe hallarse prohibido por la ley el registro del signo que se pretende utilizar como marca, por razones de orden público o de interés particular:

a) Por razones de orden público, no son registrables las marcas que sean contrarias a éste o a las buenas costumbres, las que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate: las que reproduzcan o imiten los escudos de armas y otros emblemas, siglas o denominaciones de cualquier Estado o de cualquier organización internacional, sin permiso de la autoridad competente y las que reproduzcan o imiten signos o punzones de control o de garantía adoptados por un Estado, sin permiso de la autoridad competente (numerales 5º, 6º y 7º, Art. 585);

b) Por razones atinentes a la defensa de los derechos de los particulares, no son registrables los signos distintivos que se asemejen, en forma que puedan inducir al público en error, a una marca registrada por otro en Colombia para productos idénticos o similares, o a un nombre comercial o a una enseña utilizados anteriormente en Colombia por un tercero, para la misma actividad (Art. 586, numeral 3º).

Por las mismas razones, no pueden registrarse los signos que induzcan al público a error, por constituir la reproducción total o parcial, la imitación, la traducción o transliteración de una marca, nombre comercial o enseña pertenecientes o terceros, sea que estén registrados en Colombia, sea que los hechos en referencia sean notoriamente conocidos en el país (Arts. 586, numeral 4º y 593, del C. de Co.).

Finalmente, tampoco pueden registrarse las marcas cuyo registro viole otros derechos de terceros o las reglas relativas a la competencia desleal o implique infidelidad del mandatario (Art. 586, numerales 5º y 6º).

### Análisis de las razones expuestas en los actos acusados

Hemos visto, de la transcripción anteriormente hecha de tales razones, que la Oficina de Propiedad Industrial y la Superintendencia de Industria y Comercio estimaron que la frase de propaganda cuyo registro pretende la sociedad actora, lema que consiste en las expresio-

nes “**siéntese, recuéstese, acuéstese**”, se encuentra comprendida por la causal 2ª del artículo 585 del Código de Comercio, por tratarse de un signo **esclusivamente descriptivo**, ya que designa “el género, la especie... el destino” del producto.

Agregan los actos acusados que esa descripción del destino de los bienes o servicios que estarían amparados por la clase veinte de la clasificación internacional, aparece del empleo de términos que evocan las operaciones de **sentarse, recostarse y acostarse**.

### Se considera

Como ya se dijo, la novedad puede ser ideológica, gráfica o fonética.

Encuentra la Sala que la frase de propaganda “**siéntese, recuéstese, acuéstese**” contiene una ingeniosa combinación de palabras evocativas, cuyo conjunto implica novedad ideológica, la que da origen a un signo de fantasía no comprendido dentro de las prohibiciones de los artículos 585 y 586 del Código de Comercio.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia emitió durante el término de pruebas, el siguiente concepto:

“El contenido de estas tres preguntas es el siguiente: Si los subjetivos **siéntese, recuéstese, acuéstese** que forman por sí solos oraciones exhortativas o de imperativo atenuado (Academia, Gramática N° 313) son expresiones nominativas con las cuales se designa un asiento, una silla reclinable, un sofá o una cama.

“El verbo, por sus caracteres formales, es aquella parte de la oración que tiene morfemas flexivos de número, como el nombre y el pronombre, morfemas flexivos de persona, como el pronombre personal, y además, a diferencia del nombre y del pronombre, morfemas flexivos de tiempo y de modo. (Esbozo de una Gramática de la Lengua Española, Madrid, Espasa-Calpe, 1973 Pág. 249).

“Por su parte don Andrés Bello define el verbo diciendo que “es una clase de palabras que significan el atributo de la proposición indicando juntamente la persona y número del sujeto, el tiempo y modo del atributo”. (Gramática, N° 478, Caracas 1951).

“Si se les quita a las expresiones **siéntese, recuéstese, acuéstese** su función verbal para asignarles una pura función nominativa, evidentemente dejan de ser expresiones comunes de la lengua española, pues no es frecuente en el español que usemos los verbos como estructuras sustantivas o adjetivas.

“Hay unas pocas expresiones sustantivas que tuvieron su origen en verbos y muchas veces en imperativos como “correedile”, “hazmereír”, “tentempié”, “tntenelaire”, “tentetieso”, “dimies y diretes” etc. Pero es totalmente inusitado que en español llamemos a una **cama**, por ejemplo “durmió”, a una **poltrona**, “descansará”, o a una **silla**, “se sentaría” etc. Desde luego que no puede confundirse la intención nominativa con la intención significativa en el uso de los verbos. Una palabra puede ser solamente un nombre con que distinguimos algo, como por ejemplo: Justo y Blanca como

nombre de personas; pero estas mismas palabras pueden ser significativas y entonces "justo" y "blanca" se tomarán en el sentido de que "posee justicia", la primera y de que "tiene blancura", la segunda.

"Muchos grandes lingüistas y lógicos han distinguido en las palabras su carácter significativo de su carácter nominativo. Frege, por ejemplo, usa la palabra alemana "sinn" para la significación y "bedeutung" para la nominación. Bertrand Russel hace la misma distinción entre "meaning" (significación) y "denotación" (nominación) y Black emplea los términos "sense" (significación) y "reference" (nominación). (Ver A. Schaff: "Introducción a la semántica").

"La intención nominativa resulta claramente del contexto y no puede confundirse en el **siéntese**, **recuéstese**, **acuéstese**, una simple invitación a sentarse, recostarse o acostarse con la voluntad de nombrar con dichas palabras una **silla**, una **poltrona** o una **cama**.

"Creo que en esta forma queda respondido el cuestionario que se sirve someter a la Academia el honorable Consejo de Estado para atender a un memorial de pruebas pedidas por uno de los demandantes ante dicha entidad".

Lo dicho por la Academia corrobora que la frase de propaganda que consiste en la combinación de las expresiones "**siéntese**", "**recuéstese**", "**acuéstese**", no es **exclusivamente descriptiva** ni del género, ni de la especie, ni del destino del producto, ni tampoco constituye un signo que consista en la forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial. Por tanto, no está comprendida esa frase en la prohibición de que tratan los numerales 1º y 2º, del artículo 585 del Código de Comercio.

Por el contrario, se repite, la combinación de esas palabras implica una novedad ideológica, como quiera que se las utiliza, no para significar exclusivamente el destino del producto, cual es "sentarse", "recostarse" o "acostarse", sino para evocar en forma sutil e ingeniosa, con la presentación de esa combinación en forma novedosa, dicha función o destino.

Reitera la Sala que la evocatividad de un signo no es contrario a su novedad, si en él se encuentra algún elemento novedoso, no importa que ese signo sea banal.

Y existiendo, por tanto, novedad ideológica en la frase de propaganda cuyo registro se solicita, debe concluirse que la marca tiene la novedad relativa de que se ha hablado anteriormente.

Abona lo dicho la circunstancia de que la propia Oficina de Propiedad Industrial haya concedido el registro de los siguientes lemas, entre otros similares:

**Sueño perfecto**, para colchones (certificado N° 76564).

**Es mucho alimento y cuesta menos**, para productos alimenticios (certificado N° 62786-787).

**Se vende cerveza, por medias varas, para cervezas** (certificado N° 73293).

**Limpieza brillante al instante, para productos de limpieza** (certificado N° 72244).

**Alimento superior para un mañana mejor, para productos alimenticios** (certificado N° 61636).

**El guapo p'planchar,** (certificado N° 74057).

**El jabón de la juventud,** (certificado N° 75528, etc.).

En todos los anteriores casos se está en presencia de palabras triviales, de uso común muchas, pero cuya combinación le dio novedad gráfica o ideológica a la frase de propaganda empleada como signo distintivo y, por tal causa, la citada Oficina las registró como marca.

“Para apreciar si el signo es distintivo, dispone el inciso 2° del artículo 584 del Código de Comercio, se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurran, como la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia y en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros”.

En el caso de autos la actora acreditó en forma superabundante haber utilizado de tiempo atrás el lema cuyo registro pretende a manera de marca de una silla reclinable, lema que evidentemente no se identifica con el producto, ni está comprendida por lo dispuesto en los artículos 585 y 586 del citado Código, como causal que impida su registro.

De otra parte, los ejemplos arriba mencionados, de lemas registrados por la Oficina de Propiedad Industrial, demuestran que en el país y en la misma administración pública, se consideran registrables frases de propaganda como estas de “s'éntese, recuéstese, acuéstese”. No hay, pues, motivo legal para negar ese registro.

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

#### **Falla:**

Son nulas la Resolución número 00808, de mayo 24 de 1973, emanada de la Oficina de Propiedad Industrial, dependencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y la Resolución número 127, de febrero 15 de 1974, de la propia Superintendencia mencionada, mediante las cuales se negó a la sociedad actora en este proceso el registro de la frase de propaganda “s'éntese, recuéstese, acuéstese”, como marca de fábrica y comercio (productos) destinada a distinguir artículos comprendidos en la clase 20 del artículo 2° del Decreto 755 de 1972, resoluciones proferidas dentro del expediente de marcas número 133423.

Como restablecimiento del derecho y en sustitución de las resoluciones anuladas, se dispone aceptar la solicitud de registro de la indicada marca y ordenar la publicación de su extracto en la Gaceta de la Propiedad Industrial.



La Oficina de Propiedad Industrial dará a la solicitud la tramitación prevista en el Código de Comercio.

Envíese a la mencionada Oficina copia de esta sentencia, para que le dé cumplimiento, al tenor de lo preceptuado por los artículos 120 y 121 del Código Contencioso Administrativo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del dos de abril de mil novecientos setenta y seis.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.**— Exención para las industrias básicas (Ley 81 de 1960, Decreto reglamentario 1393 de 1961). Recargo por fraccionamiento (artículo 59, Ley 81 de 1960 y artículos 191 a 197, Decreto 437 de 1961). Interpretación del literal d), del artículo 192 del Decreto 437 de 1961.

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., junio tres de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Ref.: Expediente número 3080. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Autoridades nacionales.

En desarrollo del auto de fecha 5 de marzo de 1976 que obra a folio 50 del expediente se procede a fallar la demanda de nulidad formulada por el doctor Francisco Eladio Gómez Mejía contra el oficio número 023831 de septiembre 2 de 1974 expedido por el Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales y por medio del cual se fija el criterio de esa dependencia oficial con relación a la forma de liquidar el recargo por fraccionamiento a cargo de una sociedad anónima colombiana que posee el 94% de las acciones de otra sociedad anónima colombiana calificada, para los efectos fiscales, como industria básica.

El oficio en referencia dice textualmente lo siguiente:

“En relación con su consulta de la referencia sobre la interpretación por parte del despacho del literal b) del artículo 192 del Decreto 437 de 1961, me permito informar a usted lo siguiente:

“Al disponer la citada norma como segunda operación para liquidar el recargo por fraccionamiento que “en seguida se establece el porcentaje que represente el impuesto **efectivamente liquidado** (subrayo del despacho) a cada una de las filiales con relación a sus respectivas rentas gravables...”, está indicando que la proporción debe establecerse teniendo en cuenta el impuesto real determinado a la filial, sin consideración al teórico que resultaría no tomando en cuenta la rebaja de la exención.

“La interpretación expuesta se fundamenta en lo dispuesto por el inciso primero del artículo 27 del Código Civil, según el

cual 'cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu'...".

Y la consulta la concreta el interesado en el siguiente párrafo:

"La sociedad principal para liquidar el recargo por fraccionamiento y concretamente para determinar el porcentaje que representa el impuesto de renta liquidado a su filial con relación a la renta gravable de la misma (Lit. b) Art. 192 D. 437 de 1961), toma el valor total del impuesto de renta liquidado sin consideración al crédito que representa el incentivo consagrado en las Leyes 81 de 1960 y 37 de 1969, este procedimiento implica obtener un porcentaje determinado el cual se comparará con el porcentaje determinado a la principal y la diferencia entre los dos será la tarifa que se utilizará para liquidar el recargo en cabeza de la principal".

El actor considera que con dicho criterio se violó principalmente el artículo 19 del Decreto reglamentario 1393 de 1961 en concordancia con los artículos 3º y 8º de la Ley 153 de 1887 y estima que igualmente se violaron los artículos 59 y 112 de la Ley 81 de 1960 en concordancia con los artículos 22 y 23 de la misma ley y con los artículos 17 y 18 del Decreto reglamentario 1393 de 1961.

El concepto de violación lo expone el actor en la siguiente forma:

"1. Como es bien sabido, los pasos u operaciones para liquidar este recargo por fraccionamiento quedaron consignados en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 81 de 1960 y en el artículo 192 del Decreto reglamentario 437 de 1961.

"En el citado inciso del artículo 59 se establece que luego de acumular teóricamente a la renta gravable de la principal la parte que proporcionalmente a sus acciones le corresponda en la renta gravable de la filial, de aplicar la tarifa ordinaria al total acumulado, y de determinar el porcentaje que represente el impuesto en relación con la renta, se determinará en una segunda operación a paso el porcentaje que represente el **impuesto de renta liquidado en la filial** con relación a la respectiva renta gravable, para posteriormente utilizar la diferencia entre uno y otro porcentaje como tarifa para liquidar el recargo que deberá pagar la sociedad principal, sobre la parte que proporcionalmente a sus acciones le corresponde en la renta gravable de la filial o subsidiaria.

"Ciertamente el literal b) del artículo 192 del citado Decreto 437 de 1961, al reglamentar la forma como normalmente debía efectuarse la liquidación de este recargo por fraccionamiento, se refirió en esta segunda operación o paso al 'impuesto efectivamente liquidado' a la filial, con relación a su respectiva renta gravable.

"Sin embargo, con posterioridad a este reglamento de la forma como normalmente se debía liquidar este recargo por fraccionamiento, el mismo Gobierno Nacional reglamentó por medio del Decreto 1393 del mismo año de 1961, otro mecanismo especial, muy especial, el de los incentivos tributarios o exención del impuesto sobre la renta para industrias básicas para el desarrollo económico, mecanismo contenido, como ya se dijo en este libelo, en el título VI de la mencionada Ley 81 de 1960.

“En el artículo 19 de este Decreto reglamentario número 1393 de 1961 se consagró una disposición especial, en los siguientes términos: “Cuando para determinar un gravamen deba tomarse en cuenta el impuesto liquidado, se computará la cantidad que hubiere correspondido pagar al contribuyente de no haber gozado de la exención”...””.

“De conformidad con esta disposición, en aquellos casos en que se haya gozado de una exención o incentivo tributario como el considerado en esta demanda, en que deba tomarse en cuenta el impuesto liquidado para determinar un gravamen, no se computará el impuesto liquidado real o efectivamente, sino el que hubiera pagado el contribuyente de no haber gozado de la exención, es decir, el llamado comúnmente impuesto teórico. La disposición es bastante clara y categórica.

“Al expedir el acto acusado sin embargo, la Dirección General de Impuestos Nacionales se permitió manifestar que se debía tener en cuenta el impuesto real determinado a la filial, **‘sin consideración al teórico que resultaría no tomando en cuenta la rebaja de la exención’** (el subrayado una vez más no es del texto). Contra el mandato del artículo 19 del Decreto 1393 de 1961, acerca del sentido que se le debía dar al giro ‘impuesto liquidado’ del artículo 59 de la Ley 81 de 1960 y otras normas, en los casos de incentivos tributarios, la Dirección General de Impuestos Nacionales pretende tomar en cuenta el impuesto real, y no el teórico.

“Por lo mismo, se incurrió al expedir el acusado oficio número 023831 en una violación clara y manifiesta del artículo 19 del Decreto reglamentario número 1393 de junio 23 de 1961, en concordancia con los artículos 3º y 8º de la Ley 153 de 1887 que aluden precisamente a la aplicación de las disposiciones especiales, como a la aplicación de las normas que regulan casos o materias semejantes.

“2. Adentrándonos en la misma Ley 81 de 1960 es posible observar otras violaciones en que incurrió el acto acusado.

“Como ya se señaló en esta misma demanda, la Ley 81 de 1960, luego de los títulos I y II, disposiciones preliminares y contribuyentes, contiene en su título III las bases de liquidación del impuesto, título éste en cuyo capítulo I sobre renta, se señala la forma de determinarla, luego del proceso conocido de sobra de rentas brutas, deducciones, rentas exentas, exenciones personales y por personas a cargo, y exenciones personales especiales, a cuyo resultado se aplica la tarifa correspondiente. Tal proceso es el que podríamos denominar forma ordinaria de determinar o liquidar el impuesto de renta, acogiéndonos incluso a los mismos términos de los artículos 22 y 23 de la Ley 81.

“Como ya también se señaló en esta demanda, el artículo 112 se encuentra incluido en el título VI de la Ley 81 ‘Incentivos tributarios y disposiciones varias’, y como ya también se vio, consagra como incentivo tributario para las industrias básicas para el desarrollo económico del país, ‘una exención hasta del 100% del impuesto sobre la renta’. El incentivo consiste pues en una exención de un porcentaje del impuesto sobre la renta, porcentaje que

supone el que el mencionado impuesto se encuentre liquidado ya, en la llamada forma ordinaria. Sin estar liquidado el impuesto en esta forma ordinaria, no es posible aplicar el porcentaje de exención en que consiste el incentivo; a este respecto hay que señalar que los artículos 17 y 18 del Decreto reglamentario 1393 de 1961 aluden claramente a este hecho, cuando establecen que al practicarse la liquidación de los contribuyentes beneficiados con tal exención, se determina primero el impuesto de renta en la forma ordinaria, y luego se resta el porcentaje correspondiente a la exención, en concordancia también con los dispuestos en el ya citado artículo 19.

“Por lo mismo pues, en el giro ‘impuesto liquidado’, empleado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 81 de 1960 quedan comprendidos como resultados tanto los casos en que, como es lo más general, coinciden impuesto liquidado en forma normal u ordinaria con el impuesto real o efectivo, como aquellos otros casos —especiales o excepcionales—, en que el impuesto liquidado efectivamente no coincide con el determinado en forma ordinaria o normal, casos en los que se habla precisamente de impuesto teórico. La expresión ‘impuesto liquidado’ incluía en este artículo 59, artículo que se encuentra en el capítulo I, renta, del título III, bases de liquidación del impuesto, alude a esa forma de liquidación ordinaria o normal que regula precisamente ese título III, y no formas extraordinarias o especiales, como las que regula el título VI, para incentivos tributarios también muy especiales.

“En cuanto al expedir el acto acusado no se le dio al giro ‘impuesto liquidado’, el sentido de impuesto liquidado en forma ordinaria o normal, sino el de impuesto efectivamente liquidado, se incurrió en violación de los artículos 59 y 112 de la Ley 81 de 1960, en concordancia con los artículos 22 y 23 de la misma ley y con los artículos 17 y 18 del Decreto reglamentario 1393 de 1961.

3. Conviene no olvidar por último que, de conformidad con la norma contenida en el artículo 1º del Decreto 437 de 1961, el Estado no aspira ‘a que al contribuyente se le exija más de aquello con que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación’.

“Una interpretación y un criterio como los consignados en el oficio acusado no son cuestiones puramente académicas, sino que implican ciertamente el exigir al contribuyente mucho más de aquello que le corresponde de conformidad con la misma ley”.

El señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Jorge Dangond Flórez en su concepto opina que se debe acceder a las súplicas de la demanda pues considera que si el procedimiento establecido por el artículo 192 del Decreto reglamentario 437 de 1961 se aplicara para el caso especial de filiales o subsidiarias favorecidas con la exención con incentivo tributario se desvirtuaría la intención del legislador de favorecerlas en consideración a los intereses nacionales.

#### **Para resolver, se considera**

En primer lugar es conveniente dejar establecido que las exenciones del impuesto a la renta autorizadas por la Ley 81 de 1960 para

las industrias básicas, y reglamentadas mediante el Decreto 1393 de 1961, están enderezadas a estimular el desarrollo de ese tipo de industrias que benefician la economía nacional, beneficio que hace extensivo a los socios o accionistas de dichas sociedades, cuando son industrias nuevas en la proporción que establezca la resolución ejecutiva respecto de los impuestos que gravan las participaciones, dividendos, aportes o acciones respectivas.

En segundo lugar debe dejarse suficientemente establecido que el recargo por fraccionamiento establecido por el artículo 59 de la Ley 81 de 1960 y reglamentado por los artículos 191 a 197 del Decreto 437 de 1961 tiene como fundamento impedir que mediante la división patrimonial, una sociedad a través de la creación de distintas sociedades filiales de ella, subdivide las rentas provenientes de su actividad y en esa forma se eluda la progresión del gravamen en el impuesto sobre la renta.

Estando suficientemente establecidos estos dos principios, los incentivos tributarios para las industrias básicas son aplicables a las sociedades anónimas cuyo objeto sea el establecimiento y explotación de ese tipo de actividad, a las sociedades distintas a ellas que estén sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades Anónimas y a las personas naturales que lleven libros de contabilidad debidamente registrados (Arts. 112, 115 y 116 de la Ley 81 de 1960).

Igualmente se beneficiarán con dicha exención los socios o accionistas de esas sociedades, pero solamente en el caso de que se trate de industrias nuevas, calidad que calificará el Ministerio de Desarrollo Económico (antes de Fomento) en la resolución en que reconozca que la actividad económica del contribuyente corresponde a una industria básica (párrafo del artículo 112 de la Ley 81 de 1960 y artículo 29 del Decreto 1393 de 1961).

Por su parte el Decreto 437 de 1961 reglamentó en forma detallada el mecanismo para liquidar el recargo por fraccionamiento en cabeza de la sociedad principal que tenga compañías filiales o subsidiarias y el artículo 191 en su inciso 2º estableció:

“El recargo a que este artículo se refiere es aplicable a toda clase de sociedades, cualquiera que sea la naturaleza de la principal sobre la cual recae el recargo y de las filiales a través de las cuales se hace el fraccionamiento”.

Es evidente por lo tanto, que la exención autorizada por la Ley 81 de 1960 está dirigida a beneficiar exclusivamente a las sociedades o a las personas cuyo objeto principal sea la actividad vinculada a una industria básica y ocasionalmente dicho beneficio se proyecta sobre los socios en el caso de que la industria sea calificada como nueva.

Ahora bien, el literal b) del artículo 192 del Decreto 437 de 1961 señala en forma inequívoca el mecanismo para establecer el porcentaje que represente el impuesto de la filial con relación a sus respectivas rentas y textualmente dice:

“b) En seguida se establece el porcentaje que represente el impuesto efectivamente liquidado a cada una de las filiales con relación a sus respectivas rentas gravables”.

Como dicho porcentaje no puede establecerse sino sobre el "impuesto efectivamente liquidado a la filial" y ésta por su condición de industria básica puede estar beneficiada con determinado porcentaje de exención en su impuesto sobre la renta, el guarismo que se debe tomar para calcular el recargo por fraccionamiento en cabeza de la principal no puede ser distinto al del impuesto efectivamente liquidado, pues de lo contrario la exención establecida en la Ley 81 de 1960, estaría proyectando también su beneficio en cabeza de la principal, por su calidad de socio.

Lógicamente, si la industria beneficiada con la exención es nueva, al calcular el recargo por fraccionamiento, en la forma anteriormente explicada, la sociedad principal gozaría de la disminución del porcentaje de exención que le corresponda como socio, de acuerdo con lo dispuesto por la misma Ley 81 de 1960 y su Decreto reglamentario 1393.

Es cierto que el artículo 19 del Decreto reglamentario 1393 de 1961 dispuso que:

"Cuando para determinar un gravamen deba tomarse en cuenta el impuesto liquidado se computará la cantidad que hubiere correspondido pagar al contribuyente de no haber gozado de la exención".

Pero también es absolutamente cierto que dicha disposición reglamentaria está enderezada exclusivamente a fijar los cauces de aplicación de los incentivos tributarios establecidos por la Ley 81 de 1960 a las sociedades y a las personas naturales beneficiadas con la exención mencionada, sin que en ninguna de sus disposiciones se contemple el fenómeno del recargo por fraccionamiento, puesto que con excepción de las industrias calificadas como nuevas, dicho beneficio no se puede proyectar a persona alguna distinta de la que desarrolla la actividad calificada como industria básica.

El artículo 19 a que hace mención el actor, tiene íntima relación con el anterior que regula la forma de liquidar la exención de impuestos a las personas naturales que desarrollan actividades correspondientes a industrias básicas, puesto que es posible que dichas personas tengan rentas de diverso origen y patrimonios no vinculados a la industria básica; y por lo tanto allí se establece que para determinarle cualquier impuesto diferente al que le corresponda por la actividad beneficiada con la exención debe computarse dicho impuesto como si no gozara de ella.

Pero obviamente todas esas disposiciones sólo son aplicables al contribuyente beneficiado con la exención y no a terceros que por su propia condición no pueden favorecerse de ella.

No es por lo tanto valedero el argumento del actor, en el sentido de que el mencionado artículo 19 puede ser aplicado a personas distintas de las beneficiadas con la exención, pues siendo la disposición en referencia simplemente reglamentaria, estaría yendo más allá de lo previsto en la norma reglamentada que es el artículo 112 y siguientes de la Ley 81 de 1960.

Tampoco se puede perder de vista, que el mecanismo para liquidar el recargo por fraccionamiento, está establecido para determinar el

impuesto de renta en cabeza de la principal, que para el caso en estudio no es quien está beneficiado con la exención de industria básica y por lo tanto no se puede aplicar una disposición establecida para los sujetos favorecidos con la exención a personas diferentes, para modificar un mecanismo que está establecido sin distinciones para todas las sociedades, por razón de situaciones financieras diferentes a la materia reglamentada.

Más aún, como se explicó anteriormente, en el caso de que una principal, socio de una filial calificada como industria básica nueva tenga derecho a ser beneficiada de la exención por virtud del parágrafo del artículo 112 de la Ley 81 de 1960, el mecanismo del cálculo para el recargo por fraccionamiento tiene que ser exactamente igual al establecido por el artículo 192 y una vez calculado el impuesto de renta de la principal más su recargo por fraccionamiento se descontaría el porcentaje de exención que le corresponda, de acuerdo con lo que previamente haya definido el Ministerio de Desarrollo Económico.

Por las mismas razones, no se ve la violación a que se refiere el actor con relación a los artículos 3º y 8º de la Ley 153 de 1887 puesto que no hay disposición legal que regule el mecanismo del cálculo de recargo, por fraccionamiento posterior al artículo 59 de la Ley 81 de 1960 reglamentado por los artículos 191 a 197 del Decreto 437 de 1961 y tampoco puede sostenerse que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido puesto que las disposiciones mencionadas anteriormente establecen claramente cómo se debe aplicar el procedimiento de recargo por fraccionamiento "a toda clase de sociedades, cualquiera que sea la naturaleza de la principal sobre la cual recae el recargo y de las filiales a través de las cuales se hace el fraccionamiento" y ninguna disposición posterior ha contrariado o modificado dicha norma.

Los anteriores razonamientos son suficientes para decidir sobre el punto y en consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

#### **Falla:**

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 3 de junio de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro, con salvamento de voto.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*



## SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—** Bogotá, D. E., siete de junio de mil novecientos setenta y seis.

Ref.: Radicación 3080. Nulidad del oficio número 023831 de 2 de septiembre de 1974 del Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Demandante: Francisco Eladio Gómez Mejía.

Para explicar mi discrepancia, reproduzco parte del proyecto de-rotado:

El texto de las disposiciones implicadas es del siguiente tenor:)

Decreto 437 de 1961:

Artículo 191. Las sociedades principales que tengan compañías filiales o subsidiarias deberán pagar un recargo del impuesto de renta por razón de la disminución de gravámenes que implica el fraccionamiento.

El recargo a que este artículo se refiere es aplicable a toda clase de sociedades, cualquiera que sea la naturaleza de la principal sobre la cual recae el recargo y de las filiales a través de las cuales se hace el fraccionamiento.

Cuando una sociedad principal tenga filiales y éstas sean al mismo tiempo principales de otras subsidiarias, el recargo recaerá sobre aquella principal que no tenga el carácter de filial respecto de otras compañías. Sin embargo, el recargo podrá recaer sobre filiales extranjeras con negocios o inversiones en Colombia, que tengan subsidiarias ya sean colombianas o extranjeras, si la principal de aquéllas es una sociedad extranjera sin negocios ni inversiones directas en el país y que, por lo mismo, no tiene el carácter de contribuyente en Colombia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de este decreto, una sociedad tiene el carácter de principal en relación con otra que se considera como filial o subsidiaria, cuando más del 50% de las acciones o derechos sociales en ésta pertenecen a aquéllos, o sea, a la que se tiene como principal.

En el caso de que una sociedad principal y una o más de sus filiales, o éstas sin la principal, tengan un interés social que, conjunta o separadamente, sobrepase el 50% del capital de otra u otras sociedades estas últimas se considerarán también como subsidiarias de la principal primeramente mencionada, para los efectos de la liquidación del recargo por fraccionamiento.

Artículo 192. El recargo por fraccionamiento se liquida así:

a) A la renta líquida gravable de la principal se acumulan teóricamente las partes o cuotas que, proporcionalmente a sus acciones o derechos sociales, le correspondan en la renta líquida gravable de la filial o filiales, bien directamente o a través de subsidiarias de éstas; al total así establecido, se le aplica la tarifa ordinaria de renta correspondiente a la principal, según su naturaleza, y se establece el porcentaje que representa el impuesto con relación a la renta;

b) En seguida se establece el porcentaje que represente el impuesto efectivamente liquidado a cada una de las filiales con relación a sus respectivas rentas gravables; y

c) La diferencia entre el porcentaje determinado para la principal y el establecido para cada una de las filiales, de acuerdo con lo indicado en los literales anteriores, se utilizará como tarifa o porcentaje especial para liquidar el recargo que debe pagar la sociedad principal sobre las partes que proporcionalmente a sus acciones o derechos le correspondan teóricamente en la renta gravable de cada subsidiaria.

El artículo 112 de la Ley 81 de 1960 cuyo texto es importantísimo para entender la decisión, reza así:

Las sociedades anónimas que existan actualmente en la República, o las que se constituyan hasta el año de 1965, inclusive, cuyo único objeto sea el establecimiento y explotación de industrias básicas necesarias para el desarrollo económico del país, gozarán de una exención hasta del 100% del impuesto sobre la renta, hasta el año de 1969, inclusive, siempre que utilicen materia prima nacional en proporción no inferior al 60% del valor total de las materias primas utilizadas.

Parágrafo. La exención del impuesto beneficia también a los socios o accionistas de la respectiva sociedad, en la proporción que corresponda, en cuanto al impuesto de renta sobre los dividendos y al impuesto complementario sobre el patrimonio representado por las acciones, pero solamente en el caso de que se trate de industrias nuevas.

El Decreto 1393 de 1961 promulgado en cumplimiento del anterior parágrafo, el 23 de junio lleva como título "por el cual se reglamenta la Ley 81 de 1960 en lo relativo a incentivos tributarios para industrias básicas y complementarias a la producción de hierro". En su capítulo segundo titulado industrias básicas se leen los siguientes artículos:

Diecisiete. La liquidación de los impuestos correspondientes a las sociedades beneficiadas con la exención, deberá practicarse así:

1º Se determina el impuesto de renta en la forma ordinaria; y

2º Del monto de dicho impuesto se resta el correspondiente al porcentaje de la exención.

Dieciocho. La liquidación de los impuestos de las personas naturales que gozan de la exención, deberá practicarse así:

1º Se liquida el impuesto de renta y sus complementarios de patrimonio y exceso de utilidades en la forma ordinaria.

2º Para establecer el valor de la rebaja del impuesto básico de renta, se aplica el porcentaje de exención previsto en la resolución ejecutiva a una cantidad que guarde con el impuesto liquidado en forma normal, la misma proporción existente entre la renta líquida proveniente de la actividad exenta y la renta líquida gravable total; y

3º Para determinar el valor de la rebaja del impuesto complementario de patrimonio, se aplica el porcentaje de exención previsto en la resolución ejecutiva, a una cantidad que guarde con el impuesto liquidado en forma normal, la misma proporción existente entre el patrimonio líquido vinculado a la actividad exenta y al patrimonio líquido gravable total.

Diecinueve. Cuando para determinar un gravamen deba tomarse en cuenta el impuesto liquidado, se computará la cantidad que hubiere correspondido pagar al contribuyente de no haber gozado de la exención.

Cabe advertir que estos estímulos tributarios se prorrogaron por leyes posteriores hasta el año gravable de 1973, por la Ley 37 de 1969 pero, ciertamente, hoy no existen. Las exenciones especiales también se reconocieron para las industrias complementarias a la producción de hierro.

En el auto de suspensión provisional por un error mecanográfico de referencia porque se citó el Decreto 431 en lugar del 437, que es lo correcto, se explicó:

El artículo 192 del Decreto reglamentario 437 de 1961 reglamenta el sistema de liquidación de los impuestos en casos de recargo por fraccionamiento que pudiéramos llamar recargo simple porque en la norma transcrita no está prevista la situación propia de filiales protegidas con exención especial.

La exención especial es la del transcrito artículo 112 de la misma ley que no está reglamentado por el Decreto 437 citado sino por el 1393 del mismo año en cuyos artículos 17 a 19 se dan las reglas para estos casos especiales. El más pertinente es este último que dice: "Cuando para determinar un gravamen debe tomarse en cuenta el impuesto liquidado, que hubiere correspondido pagar al contribuyente de no haber gozado de la exención".

A primera vista, se deduce que es erróneo por contrariar preceptos superiores aplicar a las exenciones especiales concedidas a las industrias básicas el reglamento para las liquidaciones ordinarias que es el Decreto 437 de 1961, en lugar de aplicar el pertinente que es el 1393 de 1961.

Se dice prima facie porque basta comparar los preceptos transcritos de la ley y de los reglamentos para comprender, sin utilizar ningun-

na clase de teoría que el acto administrativo contenido en el oficio del jefe de la división legal contraría los artículos 17 a 19, particularmente este último, del Decreto 1393 de 1961 en cuanto pretende que para los casos de recargo por fraccionamiento cuando las filiales están protegidas con exención por industria básica se les aplique la regla general del Decreto 437 de 1961 y no la especial ya citada.

El señor Fiscal que se expresa de acuerdo con la doctrina sucintamente explicada en el auto de suspensión provisional concluye su concepto así:

“Cuando el artículo 59 de la Ley 81 de 1960, al establecer la forma general de determinar el recargo del impuesto de renta, por razón de la disminución de gravámenes que implica el fraccionamiento a través de las subsidiarias, señala, como segundo paso en las operaciones, que se debe establecer el porcentaje que represente **el impuesto de renta liquidado** en cada una de las filiales o subsidiarias con relación a las respectivas rentas gravables, se refiere, indudablemente, al gravamen real, efectivo: Por eso, el artículo 192 del Decreto reglamentario 437 de 1961, de acuerdo con la norma superior, dispuso en el literal b) que “en seguida se establece el porcentaje que represente **el impuesto efectivamente liquidado a cada una de las filiales** con relación a sus respectivas rentas gravables”.

“Pero esas reglamentaciones generales, que rigen para el caso común de sociedades que a través de filiales o subsidiarias tratan de disminuir los impuestos progresivos por medio de la división de rentas, no parecen aplicables al caso especial de filiales o subsidiarias cuando éstas tienen a su favor, por mandato legal, una exención como incentivo tributario, porque si el mismo procedimiento se aplicara resultaría desvirtuada, en la práctica, la intención del legislador de favorecer a determinadas industrias teniendo en cuenta los intereses nacionales. Los ejemplos presentados por el demandante muestran claramente las diferentes situaciones.

“Lo anterior explica, suficientemente, lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1393 de 1961, reglamentario de la Ley 81 de 1960 en lo referente a incentivos tributarios para industrias básicas y complementarias a la producción de hierro”.

Para entender mejor el sistema, se transcriben los ejemplos que trae el doctor Jorge Isaac Bonilla Suárez en su obra “Los impuestos de renta, complementarios, especiales y recargos”, páginas 156 y 187:

“Comentario 29. La manera especialísima preceptuada en el párrafo 2º de este artículo para señalar a la sociedad “principal” que debe soportar el “recargo”, aplicable a sociedades de cualquier naturaleza, se explica en razón de los objetivos buscados, tal como aparece en la exposición de motivos del proyecto de ley, que pueden sintetizarse en el de evitar se eluda la aplicación de la progresividad de las tarifas.

“A medida que transcurre el tiempo irán desapareciendo los casos de aplicación, hoy relativamente pocos, ya que con estas dis-

posiciones y las análogas en el campo laboral, desaparecen las principales razones que mueven a los capitalistas a emplear complicados sistemas de explotación fraccionada del capital.

“En la conferencia explicativa sobre la aplicación del “recargo por fraccionamiento” dictada en la ESAP por el Jefe de la División de Impuestos Nacionales, doctor Rubén Amaya R., expresa:

**“Acumulación de rentas:**

“Sociedad Anónima Principal A: renta gravable	\$ 1.200.000.00
“Sociedad Anónima Subsidiaria B: renta gravable	500.000.00
“Sociedad Anónima Subsidiaria C: renta gravable	200.000.00
“Sociedad Anónima Subsidiaria D: renta gravable	300.000.00

**“Acumulación de rentas:**

“Renta gravable de la Soc. Anónima Principal A	\$ 1.200.000.00
“60% de la renta gravable de su filial B	300.000.00
“60% de la renta gravable de su filial C	120.000.00
“70% de la renta gravable de su filial D	210.000.00

“Total acumulado \$ 1.830.000.00

“Impuesto que corresponde al total anterior \$ 526.800.00

“Porcentaje que representa el impuesto 28.78%

“Impuesto principal sobre \$ 1.200.000.00 \$ 300.000.00

**“Porcentaje de filiales:**

**“Filial B:**

“Renta gravable \$ 500.000.00

“Impuesto 108.000.00

“Porcentaje 21.6%

**“Filial C:**

“Renta gravable \$ 200.000.00

“Impuesto 36.000.00

“Porcentaje 18.0%

**"Filial D:**

"Renta gravable		\$ 300.000.00
"Impuesto		<u>60.000.00</u>
"Porcentaje		<u>20.0%</u>

**"Diferencia de porcentajes y recargos:**

"Porcentaje principal A)	28.78%
"Menos porcentaje filial B)	21.6%
"Diferencia	<u>7.18%</u>

"7.18% sobre \$ 300.000.00 de participación. \$ 21.540.00

"Porcentaje principal A)	28.78%
"Menos porcentaje filial C)	18.00%
"Diferencia	<u>10.78%</u>

"10.78% sobre \$ 120.000.00 de participación. \$ 12.936.00

"Porcentaje principal A)	28.78%
"Menos porcentaje filial D)	20.00%
"Diferencia	<u>8.78%</u>

"10.78% sobre \$ 120.000.00 de participación. \$ 12.936.00

"Porcentaje principal A)	28.78%
"Menos porcentaje filial D)	20.00%
"Diferencia	<u>8.78%</u>

"8.78% sobre \$ 210.000.00 de participación. \$ 18.438.00

"Impuesto de las sociedades filiales	\$ 52.438.00
"Impuesto de sociedad principal	\$ 300.000.00

Total a cargo \$ 352.941.00

"Se trata de una sociedad anónima A, principal, que posee el 60% de los derechos sociales en la sociedad anónima B, el 60% de los de la sociedad anónima C, y el 70% de los de la sociedad anónima D. La sociedad principal A, tiene una renta gravable de \$ 1.200.000.00, dentro de la cual no se encuentran los dividendos

de sus filiales, por estar exentos de impuestos. La filial B, tiene una renta gravable de \$ 500.000.00; la filial C, \$ 200.000.00, y la filial D, \$ 300.000.00.

“La forma de liquidar el recargo a la principal A, por el fraccionamiento a través de sus filiales B, C y D, operan de la siguiente manera:

“**Primera operación.** Lo primero que debe hacerse es sumar a la renta gravable de la principal, las partes o cuotas que, proporcionalmente a sus acciones o derechos, le correspondan en la totalidad de las rentas líquidas gravables de las filiales sin deducir el impuesto de la renta que se haya liquidado sobre dichas rentas, cualquiera que sea la naturaleza de las filiales y aun cuando se trate de compañías de responsabilidad limitada asimiladas a anónimas.

“En el caso del ejemplo, a la renta gravable de la principal A, \$ 1.200.000.00, se le suma la parte proporcionalmente a sus acciones (60%), que le corresponde en renta gravable de su filial B (\$ 500.000.00), o sea \$ 300.000.00. En igual forma se procede con las subsidiarias C y D, de las cuales resultan participaciones por valores de \$ 120.000.00 y \$ 210.000.00, respectivamente, dando un total acumulado de \$ 1.830.000.00. En seguida se establece el impuesto que a este total corresponde, el cual da una suma de \$ 526.800.00. Luego se determina el porcentaje que representa este impuesto (\$ 526.800.00), que en el caso del ejemplo, resulta del 28.78%.

“**Segunda operación.** Consiste la segunda operación en establecer el porcentaje que represente el impuesto efectivamente liquidado a cada una de las filiales, con relación a sus respectivas rentas gravables.

“Para el caso del ejemplo tenemos:

“A la filial B, que tiene una renta gravable de \$ 500.000.00 le corresponde un impuesto de \$ 108.000.00, que en relación con la renta gravable, representa un porcentaje del 21.60%.

“A la filial C, con una renta gravable de \$ 200.000.00, le corresponde un impuesto de \$ 36.000.00 que, en relación con la renta gravable, representa un porcentaje del 18%.

“A la filial D, con una renta gravable de \$ 300.000.00, corresponde un impuesto de \$ 60.000.00, que representa, en relación con la renta gravable, un 20%.

“**Tercera operación.** Consiste esta operación en establecer las diferencias de los porcentajes determinados para la principal y para cada una de las filiales, diferencia que se aplica sobre las partes que, proporcionalmente a sus acciones o derechos, le correspondan teóricamente a la principal, sobre las rentas gravables de cada subsidiaria.

“En el ejemplo tenemos:

“Al porcentaje de la principal A	28.78%
“Se resta el porcentaje de la filial B	21.60%
	7.18%

“La cual da una diferencia del

“Esta diferencia se aplica sobre la participación que a A) le corresponde en B), y la suma que resulte es el valor del recargo que le corresponde pagar a la principal A), por el fraccionamiento a través de su filial B).

“7.18% sobre \$ 300.000.00 de participación = \$ 21.540.00

“En igual forma se procede con las demás filiales.

“Porcentaje de la principal A	28.78%
“Menos porcentaje filial D	18.00%
	10.78%

10.78% sobre \$ 120.000.00 = \$ 12.936.00

“Porcentaje de la principal A	28.78%
“Menos porcentaje filial D	20.00%
	8.78%

8.78% sobre \$ 210.000.00 = \$ 18.438.00

“Al valor de los recargos	\$ 52.914.00
“Se suma el impuesto básico de renta principal que para el caso es de	\$ 300.000.00
y tenemos el impuesto básico de renta principal	\$ 352.914.00”

El anterior es el sistema ordinario que no tiene relación con el aplicable en el caso de estímulos que se explica así:

“Comentario 41. En uso de la facultad consagrada en el párrafo de este artículo el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1393 de 1961, mediante el cual se reglamenta la exención y se estatuye la manera de liquidar el impuesto de las personas naturales que gozan de la exención y simultáneamente tengan rentas que no gozan de ella.

“Suponiendo que un contribuyente, persona natural, denuncia una renta líquida gravable en principio de \$ 38.294.38, y un patrimonio gravable en principio de \$ 245.258.91, en los que se incluyen respectivamente, \$ 15.640.00 que gozan de la exención, de



conformidad con lo preceptuado en los artículos 17 y 18 del Decreto 1393 de 1961, la liquidación sería así:

<b>"Renta</b>	<b>Impuestos</b>
"Total incluyendo las obtenidas en industrias básicas para el desarrollo cuyo impuesto es	\$ 3.778.88
\$ 38.294.38	
3.778.88 X 15.640,00	\$ 3.778.88
= 1.543.35	1.543.35
38.294.38	
	<b>\$ 2.235.53</b>
"Impuesto básico de renta	<b>\$ 2.235.53</b>
<b>"Patrimonio</b>	
"Total incluyendo el valor de los bienes destinados a industrias básicas para el desarrollo cuyo impuesto es	\$ 1.215.94
\$ 245.134.95	
1.215.94 X 34.440.00	\$ 1.215.94
= 170.83	170.83
245.134.95	
	<b>\$ 1.045.11</b>
"Impuesto complementario de patrimonio	<b>\$ 1.045.11</b>
	<b>\$ 3.280.64"</b>

En la misma obra se lee el siguiente concepto:

**"Nota 373. División de Impuestos Nacionales. Subdivisión Técnico-Legal. Oficio 11151 de octubre 16 de 1963. Pregunta usted en su consulta de la referencia si la exención que se concede a una sociedad de responsabilidad limitada que posee acciones de una industria básica nueva, se transfiere a los socios. De conformidad con el artículo 115 de la Ley 81 de 1960, en concordancia con el 112 del mismo cuerpo legal y con el artículo 3º del Decreto 1393 de 1961, la exención beneficia a los socios o accionistas en la proporción que les corresponde, y siempre que la sociedad esté sometida o se someta a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades Anónimas".**

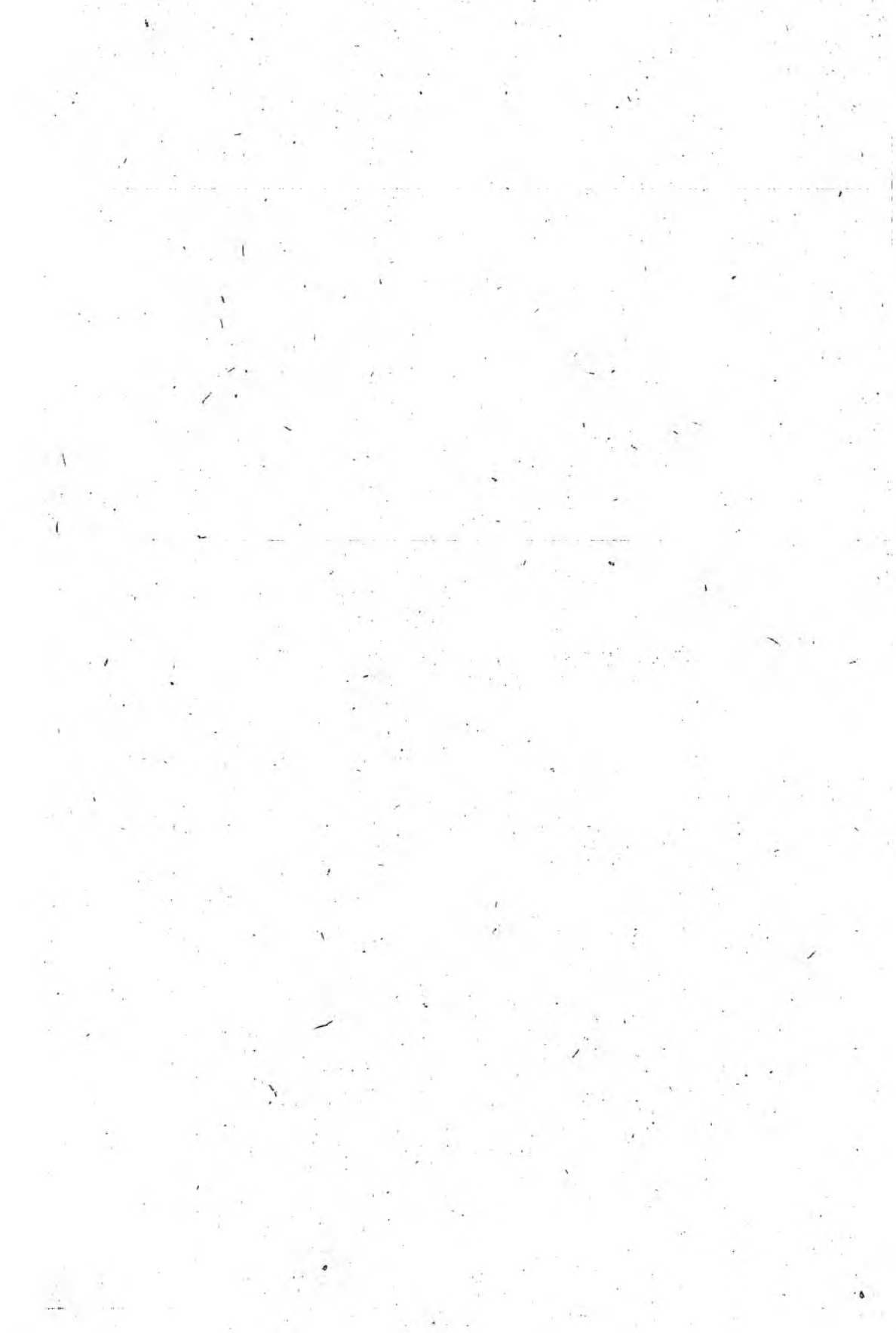
Creo que ha debido accederse a la nulidad impetrada.

Respetuosamente,

*Miguel Lleras Pizarro.*

**CAPITULO CUARTO**

**SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS  
DEL ORDEN NACIONAL**



## DECRETOS DEL GOBIERNO

### SUSPENSION PROVISIONAL

**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.—** Se suspenden provisionalmente los efectos del artículo 4º del Decreto reglamentario 2803 de 1975.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—** Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y seis.

(Conductor del proceso: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Ref.: Radicación 3620. Admisión de demanda y suspensión provisional.

Don Guillermo Gómez Téllez en ejercicio de la acción popular de nulidad demanda que se anule el artículo 4º del Decreto reglamentario número 2803 de 21 de diciembre de 1975 por medio del cual se reglamentan los Decretos 1988, 2104 y 2868 de 1974 relativos al impuesto sobre las ventas.

Formalmente, la demanda es admisible.

#### Suspensión provisional

Se señalan como violados los artículos 5º y 11 del Decreto legislativo 1988 de 1974 e, indirectamente, el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución.

La norma acusada es del siguiente tenor:

“En el caso contemplado por el inciso 1º del parágrafo del artículo 5º del Decreto 1988 de 1974 y por el inciso 2º del literal b) del artículo 4º del Decreto 2815 de 1974, se considera que subsiste vinculación económica cuando quiera que la enajenación se produce entre vinculados económicos, a través de terceros no vinculados”.

El actor estima que el busilis consiste en la frase: “a través de terceros no vinculados”.

El artículo 5º del Decreto legislativo 1988 de 1974 es así:

“El impuesto se causa:

“a) En las ventas, incluidas las de mercancías importadas, en la fecha de emisión de la factura u otro documento equivalente y,

a falta de éstos, en el momento de la entrega; aunque se haya pactado reserva de dominio o condición resolutoria; en la del retiro de los bienes propios, mencionado en el ordinal b), del artículo 3º; y a tiempo de la nacionalización, en el caso de las importaciones;

“b) En la prestación de servicios, en el momento de la emisión de la factura u otro documento equivalente y, a falta de éstos, en el de terminación de los servicios.

“Parágrafo. En el caso de vinculación económica, tal como adelante se define, el impuesto se causa tanto al momento de la primera entrega como en toda entrega posterior.

En el caso de fabricación por encargo, el impuesto se causa tanto al momento de la entrega por parte del fabricante al comitente como al de la entrega que éste hiciere luego a otro”.

El literal b) del artículo 4º del Decreto reglamentario 2815 de 1974 es así:

“El impuesto sobre las ventas se causará:

.....

“b) En el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía a cualquier título traslativo de dominio y en general en los pagos de cualquier obligación, hechos en especie por parte del productor o importador o por parte de un vinculado económico de éstos, al intermediario, al consumidor o a otro responsable, aunque se convenga reserva de dominio, pacto de retroventa o condición resolutoria.

“En el caso de vinculación económica, el impuesto se causa no sólo en la entrega del productor o importador al vinculado, sino en la entrega de éste a sus propios vinculados y así sucesivamente, inclusive hasta cuando la enajenación se produzca en favor de un tercero no vinculado”.

El artículo 11 del Decreto legislativo 1988 de 1974 reza así:

““Para efectos de dicho impuesto (el de las ventas) se entiende que existe vinculación económica, en los casos contemplados en el capítulo XI del título primero del libro segundo del Código de Comercio. También existe vinculación económica:

““1. Entre las empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un cincuenta por ciento (50%) o más a la misma persona.

““2. Entre las empresas cuyo capital pertenezca en un (50%) o más a personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad o primero civil.

““3. Entre la empresa y el socio, accionista o comunero que posea el cincuenta por ciento (50%) o más del capital social y entre aquélla y los socios que tengan derecho a administrarla”.”

Los artículos pertinentes del Código de Comercio rezan así:

“Artículo 260. Las sociedades subordinadas pueden ser filiales o subsidiarias. Se considerará filial la sociedad que esté dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz. Será subsidiaria la compañía cuyo control o dirección lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta.

“Artículo 261. Se considerará subordinada la sociedad que se encuentre, entre otros, en los siguientes casos:

“1º Cuando el cincuenta por ciento o más del capital pertenezca a la matriz, directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas.

“2º Cuando las sociedades mencionadas en el ordinal anterior tengan, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio en la junta directiva, si la hubiere; y

3º Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales. Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia”.

Aunque el Decreto 2815 en su artículo 3º reglamentó minuciosamente lo que tiene que ver con la vinculación económica prevista en el Decreto legislativo 1988 de 1974, en el momento de examinar sobre la suspensión provisional no es pertinente transcribir aquellas reglas, porque el acto impugnado es de igual jerarquía, reglamentario.

Qué se entiende por vinculado económico, está ampliamente explicado en el decreto legislativo original y en el Código de Comercio al que se remite el primero. La reglamentación siguiente contenida en el citado Decreto 2815 de 1974, aunque superflua, es bien explícita en cuanto llama la atención acerca de la circunstancia según la cual la cadena de excepciones en cuanto hace a la causación del impuesto, por vinculación económica, cesa en el primer momento en que un comprador del bien gravado no sea vinculado económico con su vendedor. La regla según la cual esa desvinculación que se produce por precepto de jerarquía legal, reaparece en cuanto más tarde aparezca algún comprador económicamente vinculado con el primer vendedor, es complicada filigrana de orden reglamentario que a primera vista contradice todo el sistema de jerarquía legal, como puede concluirse de la mera comparación de los textos que ya se transcribieron. El renacimiento de la excepción no puede producirse por la vía reglamentaria, sería necesaria una ley que modificara las descripciones minuciosas del Decreto legislativo 1988 de 1974.

El examen de otros aspectos de este asunto deberá dejarse para la sentencia.

En consecuencia,

**Se resuelve:**

- 1º Admítase la demanda.
- 2º Notifíquese al Fiscal.
- 3º Fíjese en lista por el término legal.
- 4º Comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público.
- 5º Suspéndese provisionalmente la vigencia del artículo 4º del Decreto reglamentario número 2803 de 21 de diciembre de 1975.

Este negocio no necesita papel sellado según el artículo 13 de la Ley 2ª de 1976.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

*Miguel Lleras Pizarro.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

**DECRETOS DEL GOBIERNO**  
**SUSPENSION PROVISIONAL**

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA. RENTA POR COMPARACION DE PATRIMONIOS.** Se decreta la suspensión provisional de la frase “recargos y sanciones”, contenida en el inciso 1º, del artículo 91 del Decreto reglamentario 187 de 1975.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., marzo dos de mil novecientos setenta y seis.**

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Ref.: Expediente número 3621. Actor: Alvaro Macías Ordóñez.

Por encontrarse ajustada a la ley, la demanda de nulidad propuesta por el doctor Alvaro Macías Ordóñez, contra la frase “recargos y sanciones” contenida en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto reglamentario número 187 de 1975, habrá de ser admitida.

Pero como el demandante simultáneamente solicita la suspensión provisional de la frase acusada, se procede a resolver dicha petición.

El actor en su libelo indica como violados el inciso 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, que determina la facultad reglamentaria del Presidente de la República para obtener la necesaria y cumplida ejecución de las leyes.

El artículo 91 del Decreto 187 de 1975 reza textualmente:

“Artículo 91. Para efectos de la determinación de la renta por comparación de patrimonios, a la renta gravable se adicionará el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contribuyente y las rentas exentas. De esta suma se sustrae el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios, recargos y sanciones pagados durante el año gravable incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado y, en su caso, la renta recibida del cónyuge”.

A su vez, el artículo 74 del Decreto legislativo 2053 de 1974 reformatorio del régimen del impuesto de la renta y complementarios, reglamentado por el Decreto 187 de 1975 dispone lo siguiente:

“Artículo 74. Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferen-



cia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas.

“Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes:

“1. En lo concerniente a la renta:

“a) Por renta de goce;

“b) Por rentas cedidas entre cónyuges; y

“c) Por impuestos de renta y complementarios ya pagados.

“2. En lo concerniente al patrimonio, los correspondientes a valorizaciones y desvalorizaciones nominales.

“Cuando de las informaciones de la declaración no apareciere la explicación completa del aumento patrimonial, deberá requerirse por escrito al contribuyente, para que explique y demuestre las causas del aumento, dándole para hacerlo un plazo mínimo de quince días hábiles.

“Parágrafo. La determinación de la renta líquida gravable por el sistema establecido en este artículo, no da lugar a sanción por inexactitud; pero sí a la sanción por omisión de bienes o inclusión de pasivos inexistentes”.

La simple comparación de los dos textos está demostrando que la noción de “recargos y sanciones” que incluye como materia deducible de la renta para efectos de aplicar el sistema de determinación de la renta por comparación de patrimonios, no está incluida en la norma reglamentada.

Sería conveniente establecer si los recargos y sanciones forman una sola unidad con la noción de impuesto de renta y complementarios, que es una cuestión que la resuelve suficientemente el artículo 1º del Decreto legislativo 2053 de 1974 el cual enumera los factores que la comprenden en el inciso 1º de dicho artículo cuando dice:

“1º Para las personas naturales y sucesiones ilíquidas, los que se liquidan con base en la renta, en las ganancias ocasionales, en el patrimonio y en la transferencia de rentas y ganancias ocasionales al exterior”.

Lo anterior está indicando que la norma reglamentaria excedió en sus alcances lo prescrito en la reglamentada y por lo tanto la violación es manifiesta con el simple análisis de carácter objetivo que aquí se hace.

Estando pues, reunidas las condiciones previstas en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo para decretar la suspensión provisional de la frase acusada,

**Se dispone:**

1. Admítase la demanda relacionada en el encabezamiento de esta providencia.

2. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.
3. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.
4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que el Ministerio Público, el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.
5. Decrétase la suspensión provisional de la frase “**recargos y sanciones**” contenida en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto reglamentario número 187 de 1975.

Líbrense los oficios correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Bernardo Ortiz Amaya.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

**DECRETOS DEL GOBIERNO**  
**SUSPENSION PROVISIONAL**

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA. RENTA DE GOCE.**— Se suspenden provisionalmente los efectos del inciso 1º, del artículo 12 del Decreto reglamentario número 331 de 1976, que dice: “cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente, la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos”.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.**— Bogotá, D. E., mayo veinte de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Ref.: Expediente número 3709. Actor: Alejandro Páez Murillo.

Por hallarse ajustada a la ley debe admitirse la demanda de nulidad que con fundamento en el artículo 66 de la Ley 157 de 1941 ha formulado el doctor Alejandro Páez Murillo contra el inciso 1º del artículo 12 del Decreto reglamentario número 331 de febrero 23 de 1976.

Como el demandante solicita simultáneamente que se decrete la suspensión provisional de dicho inciso, es el caso de entrar a estudiar y decidir sobre la anterior petición.

Al efecto,

**Se considera**

El texto del artículo 12 cuyo inciso se acusa, dice lo siguiente:

“Artículo 12. Para la estimación de la renta de goce que contempla el artículo 70 del Decreto 2053 de 1974, del costo del inmueble o del avalúo catastral si fuere superior se deducirán los primeros trescientos mil pesos, aumentada esta cantidad conforme a la Ley 49 de 1975, cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos.

“Cuando la propiedad de un inmueble fuere de varias personas la renta de goce se causará independientemente para cada

propietario sobre el valor de su derecho, y cada uno de ellos podrá descontar la cifra referida en el inciso anterior sobre el costo o el avalúo o sobre la suma de éstos, en su caso.

“Se entiende por casa campestre de recreo la destinada al solaz y no a la explotación económica.

“La renta de goce se acumula a las de otra naturaleza para los efectos del gravamen y para los relativos a la renta presuntiva”.

El actor estima que la primera parte del artículo transcrito es violatoria del Decreto 2053 de 1974, en su artículo 70 que dispuso lo siguiente:

“Artículo 70. Habrá lugar a la estimación de renta de goce si el contribuyente habitare casas o apartamentos urbanos o casas campestres de recreo, y si concurren además, las siguientes circunstancias:

“1. Que dichos inmuebles fueren de su propiedad.

“2. Que el avalúo catastral o el costo fueren superiores a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00).

“Para estimar la renta de goce servirán como base o bien el avalúo catastral o bien el costo del inmueble, debiendo escogerse la base de mayor valor. Una vez escogida, se deducirán los primeros trescientos mil pesos y, sobre el excedente, se liquidará un diez por ciento (10%), cuyo importe constituirá la renta de goce.

“La renta de goce se acumulará a las de otras procedencias únicamente para la liquidación del impuesto sobre la renta, y no servirá para explicar diferencias patrimoniales”.

El concepto de violación lo expresa el actor en la siguiente forma:

“Las razones de ilegalidad e inconstitucionalidad que dan fundamento a mi solicitud se originan en el análisis comparativo del texto legal reglamentado del contenido de la norma que se acusa. Las razones son las siguientes:

“Del análisis del artículo 70 del Decreto legislativo del Decreto (sic) 2053 de 1974 se establece que la intención del legislador extraordinario no fue otra que la de estimar y gravar una renta de goce sobre el inmueble que habite el contribuyente y que sea de su propiedad, para lo cual estableció como base o bien el avalúo catastral o el costo del inmueble sobre cuyo valor se deducirán los primeros trescientos mil pesos y la suma establecida por la Ley 49 de 1975 según el ejercicio impositivo de que se trate, y sobre el saldo se aplicará un diez por ciento (10%) cuyo importe constituirá la renta de goce.

“El inciso 4º del artículo 70 del Decreto legislativo 2053 de 1974 que establece el procedimiento para determinar la base sobre la cual ha de liquidarse la renta de goce, prescribe que dicha base

es "el avalúo catastral o el costo del inmueble", lo cual está indicando muy claramente que la base para efectos de determinar la renta de goce se toma individualmente por cada inmueble que posea el contribuyente porque la norma no se refirió a avalúos catastrales o a precios de adquisición en la parte donde se establece tal procedimiento, lo cual hubiera permitido suponer que la base para estimar la renta de goce sería el valor total de los inmuebles poseídos por el contribuyente, y que es precisamente lo que está diciendo la norma que considero violatoria toda vez que establece que "cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos".

"Con lo que se pretende establecer en la norma demandada se le quitaría al contribuyente el derecho de deducir los primeros trescientos mil pesos y la suma adicional establecida en la Ley 49 de 1975 por cada inmueble que posea, para efectos de determinar su renta de goce, lo cual no corresponde a lo que quiso reglar el legislador en el artículo 70 del Decreto 2053 de 1974.

"Si para efectos de determinar la base de la renta de goce de un contribuyente y su consiguiente deducción establecida en el artículo 70 del decreto tantas veces citado, el reglamento partió de los términos "casas o apartamentos urbanos" a que se refiere la primera parte de dicho artículo, habría que concluir necesariamente que en el caso de un contribuyente que sólo posea un inmueble y lo habitare, no habría lugar a liquidarle la renta de goce aunque su costo o su avalúo catastral fuere superior a trescientos mil pesos, lo cual es claro que no fue la intención del legislador".

Es evidente que si un contribuyente ocupa varios inmuebles de su propiedad deba pagar la renta presuntiva de goce, la cual no existe si el avalúo catastral del inmueble o su costo fuere de \$ 300.000.00 ó menos, según el texto del numeral 2º del artículo 70 del Decreto legislativo 2053 de 1974. Es evidente también que en ninguna parte del mencionado artículo se estableció dicho límite de \$ 300.000.00 como no productor de renta, en consideración, no a la persona del contribuyente sino en función del avalúo catastral o costo de cada inmueble ocupado por su propietario.

Igualmente se prevé en el mencionado artículo la posibilidad de que el contribuyente ocupe simultáneamente apartamentos, casas urbanas y casas campestres o de recreo:

El entendimiento natural de ese artículo indica que si cada uno de esos inmuebles tiene un avalúo catastral o un costo superior a \$ 300.000.00 la renta de goce a cargo del contribuyente será del 10% del valor del exceso sobre cada avalúo catastral o costo.

Ahora bien, como la parte final del inciso 1º del artículo 12 del Decreto 331 de febrero 23 de 1976 establece, que "cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos", está, con ese procedimiento, contrariando lo dispuesto en la norma reglamentada, pues claramente está expresado que cualquier in-

mueble cuyo avalúo o costo sea de \$ 300.000.00 o menos, no genera la renta presuntiva de goce establecida por ella.

Por el contrario, en esa forma se violentaría su espíritu, pues se obligaría al contribuyente a pagar renta de goce por inmuebles que por razón de su costo o avalúo no la han generado.

La violación anotada por el actor, es objetivamente clara y flagrante y por lo tanto se cumplen las condiciones exigidas por el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo para decretar la suspensión provisional de la misma.

En consecuencia,

**Se dispone:**

1º Admítase la demanda instaurada por el doctor Alejandro Páez Murillo en acción pública de nulidad contra el inciso 1º del Decreto reglamentario N° 331 de febrero 23 de 1976.

2º Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

3º Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que el Ministerio Público, el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

4º Decrétase la suspensión provisional de la siguiente frase contenida en el inciso 1º del artículo 12 del Decreto reglamentario N° 331 de 1976 que dice "cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos".

5º Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director General de Impuestos Nacionales de ese Ministerio.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

*Bernardo Ortiz Amaya.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

**DECRETOS DEL GOBIERNO**  
**SUSPENSION PROVISIONAL**

**CONTRATOS DE APARCERIA.—** Se suspenden provisionalmente los efectos del literal c), del artículo 7º y del literal a) del artículo 21, del Decreto 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975".

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.—** Bogotá, D. E., junio nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**).

Ref.: Expediente N° 2034. Actor: Hernando Carvajal Ortiz.

Por reunir los requisitos legales, se admite la demanda presentada por el doctor Hernando Carvajal Ortiz, en acción de simple nulidad, del literal c) del artículo 7º y literal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975, reglamentario parcialmente de la Ley 6ª de 1975. En consecuencia, se dispone:

1º Hacer notificación personal de esta providencia al señor Fiscal Segundo de esta corporación y al señor Ministro de Agricultura.

2º Fijar el negocio en lista por el término y para los efectos previstos en el artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

3º Reconocer personería al doctor Hernando Carvajal Ortiz para actuar en este proceso en su propio nombre.

**Suspensión provisional**

El demandante, con base en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, impetra la suspensión provisional de las normas impugnadas, con fundamento en que violan manifiestamente normas de derecho positivo como son el artículo 120, ordinal 3º, del estatuto constitucional, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 6º de la Ley 6ª de 1975.

**Se considera**

El Decreto 2815 de 19 de diciembre de 1975, firmado por el Presidente de la República y los Ministros de Agricultura y de Trabajo y

Seguridad Social "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975", dispone, en su artículo 7º, literal c):

"Artículo 7º Son obligaciones de la parte que suministra la parcela, las siguientes:

" .....

c) Suministrar al aparcerero para su uso y aprovechamiento exclusivos, una porción de tierra equivalente al 5% del área objeto del contrato de participación, en el lugar que determinen, preferencialmente en el sitio próximo a la vivienda que se le haya destinado al aparcerero, con libertad para establecer en ella cultivos de pronto rendimiento básicos para su alimentación.

Esta obligación sólo existirá cuando se trate de la explotación de parcelas de extensión menor de veinte (20) hectáreas en los suelos de las clases V, VI, VII, VIII o IV, de acuerdo con las clasificaciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

Y el artículo 21, literal a) del mismo decreto, dice:

"Artículo 21:

"Cuando el contrato celebrado entre el propietario y el aparcerero o grupo de aparceros tenga como objeto la siembra de pastos, se observarán estas normas:

a) El propietario entregará al aparcerero o grupo de aparceros para su uso exclusivo y goce, una parcela que en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) hectáreas".

Y la norma que se pretendió reglamentar, artículo 6º de la Ley 6ª de 1975, previene:

Artículo 6º:

"Los contratantes **podrán determinar** que el propietario entregue al aparcerero, adicionalmente a la parcela dada en aparcería, una porción de tierra para su uso y goce exclusivo, ubicada en el lugar en que aquellos convengan, de preferencia en un sitio próximo a la vivienda del aparcerero, con derecho a establecer en ella cultivos de pronto rendimiento, básicos para la alimentación. El aparcerero deberá restituir el lote a la terminación del contrato, pero tendrá derecho a un plazo adicional para el solo efecto de recolectar los frutos pendientes".

Sabido es que la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (Art. 120, ordinal 3º, Constitución política) no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o adicionar las leyes.

En el caso **sub judice**, mientras la Ley 6ª de 1975, en su artículo 6º faculta a los contratantes para determinar la entrega al aparcerero, de una porción de tierra para su uso y goce exclusivo, las normas acusadas, convierten esa facultad de los contratantes, esa posibilidad de que mediante mutuo acuerdo el aparcerero reciba el citado beneficio, en **una**



**obligación** para el propietario, como expresamente lo dicen las normas acusadas:

“**Son obligaciones** de la parte que suministra la parcela... reza el artículo 7º impugnado, “... el propietario entregará ...” afirma el artículo 21, literal a) acusado.

Basta, pues la simple comparación de las normas acusadas con la ley reglamentada, para que surja diáfana y manifiesta la violación de la norma positiva superior, lo que hace procedente la suspensión provisional impetrada.

En consecuencia, **se decreta** la suspensión provisional del literal c) del artículo 7º y el literal a) del artículo 21 del Decreto número 2815 de 19 de diciembre de 1975 “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975”.

Esta medida caducará pasados treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de la providencia, si la parte actora no continúa las gestiones propias de este juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango.*

*Víctor M. Villaquirán M.,* Secretario.

## DECRETOS DEL GOBIERNO

### SUSPENSION PROVISIONAL

**CESANTIAS.**— Intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares. Se decreta la suspensión provisional de los efectos del artículo 8º del Decreto reglamentario Nº 116 de 1976, en su parte final que dice: "... e impondrán las sanciones contempladas en el artículo 3º de la Ley 52 de 1975".

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**).

El ciudadano Pedro M. Charria Angulo, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta corporación la nulidad del artículo 8º del Decreto reglamentario 0116 del 23 de enero de 1976, en su parte final que reza: "... e impondrán las sanciones contempladas en el artículo 3º de la Ley 52 de 1975".

Como la demanda reúne los requisitos legales habrá de admitirse en la forma que posteriormente se ordenará, pero como en la misma se solicita la suspensión provisional de la disposición acusada, se pasa a resolverla, previas las siguientes

#### Consideraciones

Por medio del Decreto número 0116 del 23 de enero del presente año, se reglamentó la Ley 52 de 1975 que reconoció intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares. En el artículo 8º del Decreto 0116 de 1976, se atribuyó a los inspectores del trabajo y alcaldes municipales la función de vigilar el cumplimiento de las disposiciones del referido decreto, relacionadas con la obligación legal a cargo de los patronos de pagar intereses a los trabajadores sobre el valor de sus cesantías. En la parte final del mismo artículo se les concede facultad a estos funcionarios para imponer las sanciones contempladas en el artículo 3º de la Ley 52 de 1975. Según el libelo esta norma tal como aparece publicada en su texto en el Diario Oficial, se limita a preceptuar que aquélla rige desde su sanción, con lo cual se quebranta dicho precepto, ya que ésta no contempla en parte alguna de su regulación, sanciones a cargo de los patronos y mal podría el decreto reglamentario atribuir a los inspectores del trabajo y alcaldes municipales una po-

testad sobre materia inexistente. Además, se agrega, que se han quebrantado con la disposición demandada, en forma ostensible y manifiesta, las normas de superior jerarquía, pues se otorgó a los funcionarios del trabajo y alcaldes municipales, la declaratoria de derechos individuales en favor de los trabajadores y la definición de controversias sobre indemnizaciones, cuestión de exclusiva competencia de la justicia laboral.

Sea lo primero advertir que, ciertamente, el artículo 3º de la Ley 52 de 1975 que se dice reglamentar por el artículo 8º del Decreto 0116 del año en curso, no concedió a los inspectores del trabajo y a los alcaldes municipales, la facultad de imponer sanciones a cargo de los patronos, pero sí se consagró en el artículo 1º del numeral 3º de la misma ley, la obligación de éstos de cancelar al asalariado una indemnización y por una sola vez, un valor adicional igual al de los intereses causados, en caso de que el pago de los mismos sobre el monto del auxilio de cesantía no se efectúe dentro de los plazos allí previstos. Por ello desde el punto de vista de la sanción no cabe duda de su existencia y probablemente, debido a una cita equivocada, se hizo referencia a un artículo distinto de la ley, con lo cual no procedería por este solo hecho decretar la suspensión del acto acusado.

Sin embargo, lo que importa determinar es si al tenor de las normas invocadas como de superior jerarquía a las del precepto impugnado, los funcionarios administrativos del trabajo y alcaldes municipales tienen facultad de imponer las sanciones contempladas en el artículo 1º, numeral 3º, de la Ley 52 de 1975.

La indemnización consagrada en el artículo 1º del numeral 3º de la ley en cita, establece un derecho en favor del trabajador consistente en que el patrono debe reconocer y pagar por una sola vez, al asalariado, un valor adicional igual al de los intereses causados, en caso de que el pago de los mismos sobre el valor del auxilio de cesantía no se efectúe dentro de los plazos allí señalados. Pero en el evento de que el patrono no efectúe dicho reconocimiento, surge un claro conflicto jurídico cuya decisión corresponde a la jurisdicción del trabajo, que según el mandato contenido en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, está instituida para definir esa clase de controversias que se deriven directa o indirectamente del contrato de trabajo.

De esta manera ni los funcionarios del trabajo ni los alcaldes municipales tienen facultad para definir los conflictos de tal naturaleza, pues la atribución de imponer las sanciones originadas en el mismo no es de su competencia.

Siendo, además, un derecho individual el reconocido en el artículo 1º, numeral 3º, de la Ley 52 de 1975, que consagró los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares y la obligación del patrono de cancelar al asalariado, por una sola vez, el valor adicional igual al de los intereses causados, en caso de que el pago de los mismos sobre el monto del auxilio de cesantía no se realice dentro de los plazos allí previstos, los funcionarios administrativos tampoco tienen competencia para declarar dichos derechos, ni definir esos conflictos, como lo expresa el artículo 41, numeral 1º, del Decreto 2351 de 1965, que señala lo siguiente: "dichos funcionarios no quedan facultados, sin

embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en estos casos como conciliadores”.

De lo anterior se desprende que de la confrontación de la norma acusada en su parte final, con las disposiciones mencionadas, surge la violación ostensible de éstas al haberse otorgado a los inspectores del trabajo y alcaldes municipales, la declaratoria de derechos y la definición de controversias sobre indemnizaciones, lo que es de competencia exclusiva de la justicia laboral, por lo cual procede declarar la suspensión provisional del artículo 8º del Decreto 0116 de 1976, en su parte final.

En consecuencia,

**Se dispone:**

Admítase la anterior demanda de nulidad presentada por el doctor Pedro M. Charria Angulo, en su propio nombre.

Notifíquese esta providencia al Agente del Ministerio Público.

Comuníquese al Gobierno Nacional por conducto de la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social.

Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para efectos del numeral tercero (3º) del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Decrétese la suspensión provisional del artículo 8º del Decreto número 0116 del 23 de enero de 1976, en su parte final que dice: “... e impondrán las sanciones contempladas en el artículo 3º de la Ley 52 de 1975”.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Alvaro Orejuela Gómez.*

*Alvaro Soto Angel, Secretario.*

**INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA**  
**SUSPENSION PROVISIONAL**

**ADQUISICION DE TIERRAS ADECUADAMENTE EXPLOTADAS.**— No se pueden afectar tierras adecuadamente explotadas para ser adquiridas por el INCORA, bien por compra directa o bien por el procedimiento de expropiación si fracasa aquélla, en los casos del numeral 4º, del artículo 23, de la Ley 4ª de 1973 (artículo 58, Ley 135 de 1961), sin que el Ministerio de Agricultura haya expedido previamente la resolución a que se refiere dicho artículo.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Sala de Decisión.**— Bogotá, D. E., febrero veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Gabriel Rojas Arbeláez**).

Ref.: Expediente 1892. INCORA. Actor: Hacienda Verbenal, Buenos Aires, La Libertad Ltda.

Se procede a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de fecha 7 de noviembre de 1975 proferido por el señor Consejero sustanciador doctor Abello Noguera, en cuanto “5º No se decreta la suspensión provisional de los actos acusados”.

Dice así la parte pertinente del auto suplicado: “El perjuicio de que hablan los autos no se aprecia claramente por las mismas razones expuestas por el señor apoderado demandante quien a folio 27 vuelto dice: “los perjuicios, si bien es cierto que aún no se han causado en forma visible y demostrable, sí han afectado moralmente a los socios...”, de tal suerte que como este aspecto no puede dejar ninguna clase de dudas, no se accede a decretarla”.

Ocurre, sin embargo, que, para los efectos de la suspensión provisional, tratándose de acciones distintas a la de nulidad, aparte de que se compruebe aunque sea sumariamente el agravio que sufre quien promueva la demanda, hay que examinar también si hay manifiesta violación de una norma positiva de derecho, como lo prevé el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo.

Y, precisamente, el apoderado de la parte actora fundamenta la solicitud de suspensión provisional así: “De acuerdo con el artículo

94 del Código Administrativo, muy atentamente solicito a esa corporación la suspensión provisional, por manifiesta violación de la Constitución y la ley, de las Resoluciones 033 de 28 de mayo de 1975 y 140 de 13 de agosto de 1975”.

“Considero que no hay lugar a extenderme más en consideraciones ya prolijamente expuestas, sobre la ostensible violación de normas constitucionales y legales ocasionadas con la expedición de las normas acusadas...”.

Precisa entonces averiguar si el acto acusado viola manifiestamente normas positivas de derecho, pues de hallarse tal violación puede prosperar la solicitud de suspensión provisional.

Antes de seguir adelante conviene decir que la Resolución impugnada número 033 de 1975 está redactada en una forma equívoca que induce a confusiones pues al tiempo que invoca como facultad legal para expedirla el numeral 1º del artículo 22 del Decreto 1576 de 1974 en la parte resolutive se adopta un programa de parcelación “de conformidad con lo establecido por el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961”.

Partiendo de la base de que hay diferencias fundamentales, y procedimientos distintos, para la adquisición de tierras de propiedad privada por parte del Incora según la legislación agraria vigente, en el caso de autos, no obstante que se invoca como facultad legal para la expedición de la resolución impugnada el numeral 1º del artículo 22 del Decreto número 1576 de 1974, la Sala se atiene exclusivamente a lo dicho en la parte resolutive que es del tenor siguiente: “Artículo primero. Adoptar un programa de parcelación en beneficio de las familias campesinas pobres del municipio de Beltrán, departamento de Cundinamarca, de conformidad con lo establecido por el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961. Artículo segundo. Para el desarrollo de este programa se autoriza al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para que directamente o por medio de los funcionarios en quienes delegue esta labor, adquiera mediante negociación directa o expropiación, si fuere el caso, los inmuebles rurales denominados San Francisco y Guacharacas, ubicados en jurisdicción del municipio de Beltrán, departamento de Cundinamarca”.

O en otras palabras, la Sala estudiará el presente negocio teniendo en cuenta el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 (Art. 23, Ley 4ª de 1973), que dice: “podrán expropiarse tierras adecuadamente explotadas... 4º Para adelantar otros programas en regiones donde exista considerable número de campesinos sin tierra y en circunstancias económicas precarias, y dichos programas se adelanten en la misma región y en beneficio de estos campesinos, especialmente en los casos previstos en la regla 1ª del artículo 57, siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional. El Ministerio de Agricultura, por medio de resoluciones de orden general y previo concepto favorable del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria, establecerá, tanto los productos que son de alto interés nacional, como los niveles de productividad que sirvan para determinar las condiciones de eficiencia”.

El punto central, pues, que se debate en el caso de autos es el de saber si se pueden afectar tierras adecuadamente explotadas para ser adquiridas por el Incora, bien por compra directa, o bien por el procedimiento de la expropiación si fracasa aquélla, en los casos del numeral 4º del artículo 23 de la Ley 4ª de 1973 (Art. 58, Ley 135 de 1961), sin que el Ministerio de Agricultura haya expedido previamente la resolución a que se refiere dicho artículo.

En la Resolución número 140 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que denegó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 033, se lee lo siguiente: "Si bien es cierto, como se anotó, que el programa definido por el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 establece una excepción al programa de adquisición de tierras adecuadamente explotadas, lo es igualmente que la ley, o en este caso el ejecutivo a través del Ministerio de Agricultura, debe precisar claramente los hechos que sirven de fundamento a la causal exceptiva y, por lo demás, quien pretende argüirla está obligado a acreditar plenamente la existencia de tales hechos para obtener los efectos que predica la norma. Mal pueden pues, las sociedades interesadas solicitar la desafectación de los predios aduciendo que están dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional, **cuando no se han definido éstos ni los niveles especiales de productividad que sirvan para determinar la eficiencia de la explotación, como para demostrar los hechos que generan la excepción**".

Mayor despropósito jurídico no se puede dar. Si es la ley la que dice cómo se acredita la excepción: **por resolución del Ministerio de Agricultura**, dictada previamente. Cómo va a hacer el particular para que le prospere la excepción si quien tiene que dar la prueba es el propio Ministerio, y si éste no la da, dictando previamente la resolución, no hay manera de demostrar la excepción y el predio es expropiado sin más dilaciones. Porque tampoco es aceptable, desde ningún punto de vista, que se dicten primero las resoluciones de afectación de los predios para proceder a su adquisición, que estén adecuadamente explotados, y posteriormente se expida la resolución de carácter general por parte del Ministerio de Agricultura de que trata este numeral 4º. La lógica indica que se procede al contrario, es decir, que primero se expida la resolución del Ministerio y después las particulares para afectar tierras adecuadamente explotadas. Entonces si una de estas resoluciones afecta un predio de las características señaladas en la resolución del Ministerio, su propietario puede proponer la excepción y demostrar que se encuentra dentro de ellas a fin de obtener su desafectación.

Como en el caso presente no se trajo al proceso la resolución de carácter general del Ministerio de Agricultura por no haberse expedido según manifestación del propio Instituto, la violación de la norma del numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 (Art. 23, Ley 4ª de 1973), es ostensible, de donde resulta claro que procede la suspensión provisional de los actos acusados.

No sobra agregar que se observa una notoria diferencia entre el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 y el artículo 22, numeral 1º, inciso segundo, del Decreto 1576 de 1974, reglamentario, entre otras de la Ley 4ª de 1973 ya que este inciso omitió mencionar la ex-

pedición de la resolución de carácter general por parte del Ministerio de Agricultura que ordena el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961.

Por eso no sería un error afirmar que la Ley 4ª de 1973, numeral 4º del artículo 23, hizo más engorrosa la adquisición de tierras adecuadamente explotadas por parte del Incora.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**Resuelve:**

Revócase el auto suplicado en su numeral 5º, y en su lugar se decreta la suspensión provisional de las Resoluciones números 033 de 28 de mayo de 1975 y 140 del 13 de agosto del mismo año, expedidas por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día 26 de febrero de 1976.

*Gabriel Rojas Arbeláez, Alfonso Castilla Sáiz, Carlos Portocarrero Mutis.*

*Víctor M. Villaquirán M., Secretario.*



INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR  
SUSPENSION PROVISIONAL

**SUSPENSION PROVISIONAL Y ADMISION DE LA DEMANDA.**  
Recurso de súplica.

**Consejo de Estado.— Sala de Decisión.— Sección Primera.—** Bogotá,  
D. E., junio veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 24 de junio de 1976).

Ref.: Expediente 2404. Actor: Fernando Umaña Pavolini. (Súplica).

El señor Fernando Umaña Pavolini recurrió en súplica contra el auto de Sala Unitaria del 26 de mayo de 1976, por medio del cual se dispuso no admitir su demanda.

La razón que se aduce en el auto recurrido es la siguiente:

“Estima esta Sala Unitaria, se repite, que asiste toda la razón al señor colaborador Fiscal, pues, la acción no se deduce ni de las afirmaciones hechas por el demandante, ni de la cita de la disposición legal que él invoque, sino por el contenido mismo de la demanda. A pesar de que el actor dice que ejercita la acción pública del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y que con ella persigue la “defensa del orden jurídico que estimo lesionado con los actos que acuso”, la verdad es que ella pretende la anulación de unos actos administrativos que crearon situaciones concretas para los beneficiarios de los registros de exportación de cuya nulidad se trata lo cual descarta la posibilidad de la acción pública”.

El actor sostiene que la fundamentación de la providencia “hace retroceder sensiblemente la jurisprudencia, del honorable Consejo de Estado acerca de las acciones de legalidad” y agrega que “desde la célebre sentencia de agosto 10 de 1961 en la cual se adoptó la llamada doctrina de los motivos y finalidades, se acepta sin lugar a dudas que no es la particularidad o generalidad del ordenamiento impugnado, sino el interés del actor lo que determina la procedencia de la acción”. A continuación transcribe el recurrente apartes de algunas providencias de esta corporación en las cuales se reitera la referida doctrina,

Por último sostiene el recurrente que, a pesar de ser los actos cuya declaratoria de nulidad impetra, de contenido particular él no pretende reparación patrimonial u otro tipo de restablecimiento de derechos, por lo cual su acción es de nulidad, en cuanto sólo persigue la tutela del orden jurídico.

### Consideraciones de la Sala

Ha dicho esta corporación desde 1961 en reiterada jurisprudencia, que la distinción entre la pretensión de simple nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho no deriva de la naturaleza del acto cuya nulidad se impetra, sino del fin que se persiga con el ejercicio de la acción; si se persigue la tutela del orden jurídico objetivo, la pretensión será de nulidad, mas si la causa, razón o finalidad de la petición de anulación es la protección de un derecho particular o de una situación jurídica concreta, la pretensión será de nulidad y de restablecimiento del derecho; de ello se deriva la posibilidad jurídica de formular una pretensión de simple nulidad en relación con un acto administrativo de contenido particular.

En el caso sub lite no se advierte, al menos prima facie que el actor pretenda tutelar una situación jurídica subjetiva de la cual sea titular él o un tercero. Por el contrario del contexto de la demanda se infiere que el propósito del actor es lograr el imperio efectivo de la legalidad que, a su juicio, ha sido quebrantada por los registros de exportación otorgados por el Instituto de Comercio Exterior "Incomex", que se relacionan en la demanda.

La Sala Plural, en providencia del 9 de abril del año en curso, dictada en este mismo proceso, declaró la nulidad de lo actuado por falta de notificación de los beneficiarios de los registros de exportación ya mencionados. Por razón de la naturaleza jurídica de tales actos, constitutivos de situaciones jurídicas subjetivas se genera en el proceso que se inicie para declarar su nulidad, un litisconsorcio necesario pasivo que hace imposible una resolución de mérito sin la comparecencia de los titulares de tales situaciones jurídicas, para integrar el contradictorio (artículo 83 del C. C. A.). En consecuencia han de ser citados en la forma legal.

Como el recurso interpuesto es el de súplica, previsto en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo o sea que se ha hecho uso de un medio ordinario de impugnación, la Sala de decisión es simultáneamente juez del "judicium rescindens" y del "judicium rescissorium", o sea que su competencia jurisdiccional comprende todas las facultades del juez que pronunció la providencia recurrida, con el objeto de que pueda decidir sobre las dos pretensiones que se formulan al interponer el recurso a saber: que se revoque la providencia y que se dicte la que deba sustituirla. En tal virtud, revocado el auto inadmisorio de la demanda, la Sala debe dictar la providencia de admisión.

No constituye excepción a estos principios generales que gobiernan el procedimiento de la impugnación, por la vía del recurso ordinario, el precepto del artículo 95 del Código Contencioso Administrativo, pues esta disposición según su propio texto sólo se aplica al magistrado sustanciador y no a la Sala de Decisión. Por consiguiente cuando ésta re-

voca el auto inadmisorio de una demanda en la cual se formuló la petición de suspensión provisional, necesariamente deben escindirse el auto admisorio y la decisión sobre la medida provisoria porque como sobre esta petición no hubo lugar a ningún pronunciamiento del sustanciador, la Sala tampoco adquirió competencia para ello y además porque si ella decidiera, se privaría al actor del recurso de súplica que le otorga la ley. En tal virtud, admitida la demanda por la Sala, queda pendiente la resolución sobre suspensión provisional que le compete al sustanciador. El fenómeno que se deja descrito no implica desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 95, porque como ya se dijo, la regla que él contiene contempla únicamente el caso de la admisión de la demanda por el sustanciador cuando medie una solicitud de suspensión provisional, mas no la hipótesis de que el auto admisorio sea proferido en Sala de Decisión, en virtud de un recurso de súplica.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión dispone:

1. Revocar el auto recurrido y, en su lugar admitir la demanda.
2. Comunicar esta providencia al Ministerio de Desarrollo Económico y al Instituto de Comercio Exterior.
3. Notificar la admisión de la demanda a los titulares o beneficiarios de los registros de exportación relacionados en el libelo y cuyos nombres aparecen en las copias que hacen parte del expediente. Con el fin de obtener sus nombres librese oficio al Instituto de Comercio Exterior con las indicaciones del caso.
4. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.
5. Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

En firme esta providencia y antes de la fijación en lista pase el expediente al despacho del Magistrado sustanciador para resolver sobre solicitud de suspensión provisional.

Notifíquese y cúmplase.

*Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## OBSERVACIONES

**Del Consejero doctor Alvaro Pérez Vives al auto de fecha 24 de junio de 1976 proferido por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en el expediente número 2404.**

Como ya lo resolvió en anterior providencia la Sala de Decisión integrada por el Consejero Alfonso Arango Henao y el suscrito, corresponde al sustanciador de este negocio, doctor Arango, proferir el auto admisorio de la demanda, acatando así lo dispuesto por la Sala y, al hacerlo, decidir sobre la suspensión provisional pedida, tal y como lo preceptúa el artículo 95 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, "la solicitud de suspensión provisional se resuelve por el sustanciador en el mismo auto en que la demanda se admite.

"Contra la providencia que la conceda o deniegue podrá acudirse en súplica por las partes o el Ministerio Público para ante la Sala de Decisión".

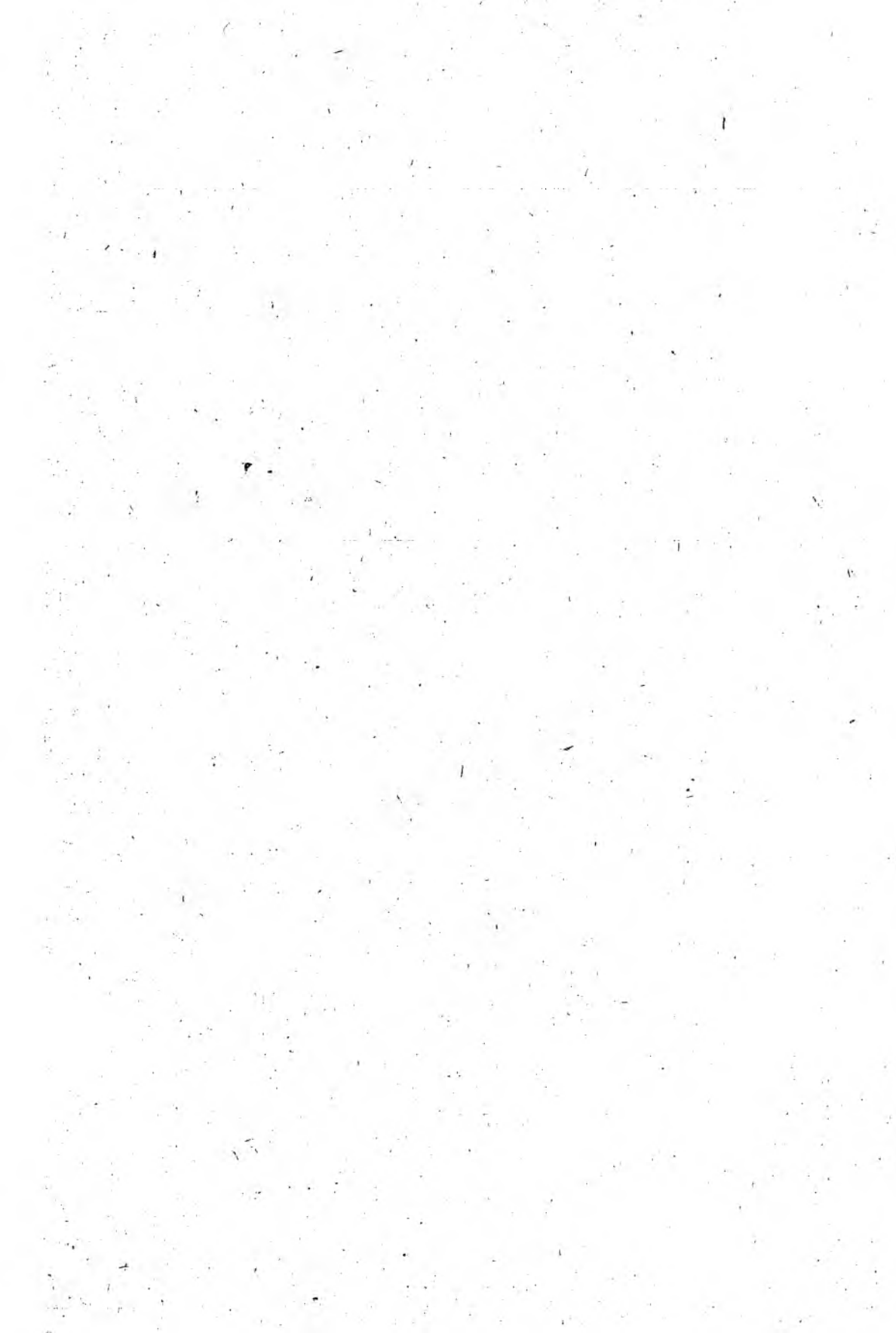
Partir en dos, como lo hace el auto del cual disiento, la providencia prevista por la transcrita norma, es contrariarla.

Bogotá, julio dos de mil novecientos setenta y seis.

*Alvaro Pérez Vives.*



**TITULO II**  
**ORDEN DEPARTAMENTAL**  
**CAPITULO UNICO**  
**ORDENANZAS DEPARTAMENTALES**



## ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA

### ACTO ADMINISTRATIVO.— Su interpretación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Ricardo Uribe Holguín**).

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primer grado dictada en este proceso.

#### I. La demanda

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el doctor Edgardo Orozco Orozco formuló al Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio de apoderado, cuatro súplicas que, en virtud de desistimiento parcial debidamente admitido, quedaron reducidas a las dos siguientes:

“a) La nulidad de la declaratoria de vacancia que del cargo de Contralor General del departamento del Magdalena, entonces ocupado por el doctor Edgardo Orozco Orozco, se hizo en el artículo 4º de la ordenanza 26 de 28 de noviembre de 1972, de la Asamblea Departamental;

“b) La condena al pago de una indemnización, a cargo del departamento del Magdalena y a favor del doctor Edgardo Orozco Orozco, que sea equivalente a la cuantía de los sueldos, sobresueldos y primas que éste habría podido devengar entre el momento de su separación y el de su reintegro, si lo hubiere, o entre el momento de su separación y el momento en que tome posesión del cargo un contralor en propiedad”.

Se apoya el actor en los hechos que a continuación se resumen:

1. La Asamblea Departamental del Magdalena lo eligió para ocupar el cargo de Contralor General de ese departamento por el período constitucional de dos años, contados a partir del 1º de julio de 1971.

2. Esta elección se efectuó irregularmente, puesto que no se hizo mediante ordenanza, sino por simple votación de que se dejó constancia en el acta y fue confirmada más tarde; pero como el acto no fue impugnado dentro del término legal hábil para tal efecto, quedó consolidado y produjo todos sus efectos legales.



3. "La elección del doctor Edgardo Orozco Orozco fue, por otra parte, no sólo un acto creador de una situación general, la investidura que se le dio, sino que además fue un acto administrativo creador de una situación individual y particular, ligada a la persona, de él a sus derechos subjetivos, acto que por tanto no era revocable sin el consentimiento expreso y por escrito de mi mandante (Decreto 2733 de 1959, Art. 24)".

4. Vigente el período para el cual fue elegido el actor y hallándose éste en el ejercicio del cargo, la Asamblea Departamental del Magdalena expidió la ordenanza número 26, del 28 de noviembre de 1972, por cuyo artículo 4º se declaró "vacante" el cargo de Contralor General del departamento, por cuanto el doctor Orozco Orozco carecía de título profesional para desempeñarlo, y se eligió en su reemplazo al doctor José Joaquín Ortiz Castro, quien tomó posesión el 29 de los mismos mes y año.

5. A consecuencia de este acto de la Asamblea, el actor dejó de devengar su sueldo (\$ 9.000.00 mensuales) y su sobresueldo (\$ 7.000.00 por cada mes).

Fundado en estos hechos, el demandante formula así su acusación: "El artículo 4º de la ordenanza número 26 de 28 de noviembre de 1972, de la Asamblea Departamental del Magdalena, viola, por indebida aplicación, los artículos 248, 292 y 305 del Código Político y Municipal".

El quebranto de las dos primeras disposiciones legales citadas proviene, según el actor, de que ellas contemplan taxativamente los casos en que un cargo o empleo queda vacante, ninguno de los cuales guarda la menor relación con el hecho que motivó la declaración contenida en el artículo 4º acusado, lo cual demuestra que tales dos normas fueron indebidamente aplicadas por la Asamblea Departamental.

La violación de la tercera norma legal invocada radica en que no podía reemplazarse al demandante sino en los eventos de renuncia o excusa definitiva, muerte, destitución y declaración de vacancia; mas no pudiendo tener lugar esta última, con arreglo a la ley, tampoco se produjo falta absoluta que justificara el reemplazo y, por tanto, la norma fue infringida por ese concepto.

Finalmente, pidió la parte actora suspensión provisional del acto acusado, con base en lo dispuesto por el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo.

## II. El proceso

El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda, decretó la suspensión provisional impetrada (decisión que revocó el Consejo, en virtud de apelación), reconoció como parte impugnadora al doctor José Joaquín Ortiz Castro, rechazó la intervención como tal del doctor Ignacio Hadechny Puello, decretó y practicó las pruebas pedidas, ordenó dar traslado para alegar y, luego de sortear Conjuéz en virtud de impedimento de uno de los Magistrados, pronunció sentencia en que, de acuerdo con el Fiscal de la corporación, negó las peticiones de la demanda.

Conforme al fallo recurrido, las disposiciones de los artículos 248, 292 y 305 del Código de Régimen Político y Municipal no fueron violadas por el artículo 4º de la ordenanza número 26, como quiera que ninguno de los eventos por ellas previstos (falta de posesión oportuna del cargo de reintegro al servicio después de licencia, renuncia admitida, excusa definitiva aceptada, muerte, destitución, declaración de vacancia) ocurrió en el caso del proceso.

Estima el tribunal que lo decretado realmente por la Asamblea Departamental del Magdalena no fue la "vacancia" del cargo, lo cual constituyó "un error de expresión" por parte de ese cuerpo colegiado, sino la **insubsistencia** de la elección del doctor Orozco Orozco por carecer éste de la calidad de abogado titulado. De aquí concluye, de acuerdo con la vista fiscal de primera instancia, que dicho funcionario fue elegido interinamente y podía, por lo tanto, ser reemplazado en cualquier momento, como lo fue por el acto acusado.

### III. La vista Fiscal en la segunda instancia

Cumplido el trámite legal imprimido al proceso en virtud del recurso de alzada, y luego de haber acompañado el actor la prueba de que es abogado titulado, la Fiscalía Cuarta rindió concepto que puede sintetizarse así:

Los artículos 248, 292 y 305 del Código de Régimen Político y Municipal no fueron infringidos por el acto acusado. La Asamblea Departamental en realidad no declaró vacante el cargo. "Lo que se quiso fue declarar insubsistente el nombramiento del demandante, aunque se empleó equivocadamente la palabra 'vacante'... En consecuencia la circunstancia de que se hubiera declarado la vacancia en lugar de la insubsistencia no alcanza a tener virtualidad suficiente para que se configure la nulidad impetrada por este aspecto".

El actor, agrega la vista Fiscal, probó ser abogado titulado. Pero el acto de la Asamblea no se acusa por haberse fundado en el hecho de carecer el funcionario de esa calidad. No se invocó "como causal de violación el que se hubiera destituido al demandante por no poseer título de abogado". De consiguiente, el acto no puede anularse por esa causa, pues el ordinal 4º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo lo impide, según reiterada jurisprudencia del Consejo.

En cambio, el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 sí fue violado por el acto de la Asamblea. Con arreglo a esa disposición, el demandante no podía ser destituido sin su consentimiento expreso, requisito que no se cumplió.

Termina la vista fiscal con solicitud de "revocatoria del fallo apelado por este aspecto".

### IV. Consideraciones del Consejo

1. La interpretación de los actos administrativos se rige tanto por los principios que gobiernan la de la ley, como por los que se aplican a la de los contratos.

Por lo tanto, para determinar la inteligencia que debe dársele al acto administrativo, es preciso atender a su verdadero y genuino sen-

tido, indagando cuál es su espíritu, especialmente cuando su tenor literal es oscuro y ambiguo (artículos 26, 27 y 31 del Código Civil), de manera que la intención del funcionario o corporación que lo haya dictado prevalezca sobre lo literal de las palabras (artículo 1618 *ibidem*).

Es claro, como se expresa en el fallo recurrido y lo corrobora la vista fiscal de la segunda instancia, que el sentido que en el acto acusado quiso dársele al vocablo "vacante" y la intención de la Asamblea Departamental al usar inadecuadamente ese término, consistieron en declarar **insubsistente** el nombramiento del doctor Orozco Orozco como Contralor del departamento, por falta de un requisito de orden constitucional y legal.

De ello se infiere, sin lugar a duda, que los artículos 248, 292 y 305 del Código de Régimen Político y Municipal no fueron violados por el artículo 4º de la ordenanza número 26 de 1972.

2. Es cierto que a última hora se adujo la prueba de que el demandante posee título de abogado. Mas este hecho no altera la conclusión de que las citadas disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal, únicas normas en que la parte actora funda su pretensión de nulidad del acto acusado, no fueron quebrantadas por ningún concepto. Las infringidas por este aspecto serían las que exigen aquella calidad para poder ocupar el cargo que desempeñaba el demandante; pero en la demanda no se citan, ni en ellas se funda acusación alguna. El Consejo no puede suplir de oficio esta omisión.

3. Tanto el fallo recurrido, como el concepto de la Fiscalía Cuarta, consideran que, por tratarse de una situación jurídica individual, era de aplicación lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, conforme al cual "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

Sin embargo, según doctrina reiterada de esta Sección del Consejo, el nombramiento del actor no creó una situación jurídica individual, o generadora de un derecho de esta categoría, sino que constituyó lo que se denomina **acto-condición**, fenómeno jurídico que no está comprendido en la disposición antes transcrita.

4. Por otro aspecto, lo que realmente entra en juego en el caso del proceso es el derecho del actor a la estabilidad en el cargo del cual fue removido, estabilidad que provendría de que éste tuviera período fijo. Pero en la demanda no se invocó la disposición constitucional o legal que señala al cargo del demandante un período fijo y que impide, por lo tanto, remover a éste antes de expirar dicho período. Tampoco puede el Consejo suplir oficiosamente esta omisión. Conforme al ordinal 4º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en el libelo deben indicarse las normas violadas y el concepto de la violación, prescripción que el actor no cumplió tampoco en lo referente a la mencionada norma constitucional o legal.

De consiguiente, la acción incoada no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con la vista Fiscal,

**Falla:**

**Confirmase** la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en este proceso.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la reunión celebrada el día 7 de abril de 1975.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

*Alvaro Orejuela Gómez, Ricardo Uribe Holguín, Nemesio Camacho Rodríguez, Rafael Tafur Herrán.*

*Alvaro Soto Angel* Secretario.

## ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA

**AUTÉNTICACION DE PERIODICOS OFICIALES.—** Para efectos de la comprobación de la existencia del acto que se acusa en ejercicio de la acción contencioso administrativa.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—** Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Galindo Pinilla**).

(Sesión del día 18 de febrero de 1976).

Ref.: Expediente 2397. Actor: Lucía Bellini de Cabal. (Auto).

Contra el auto inadmisorio de la demanda, proferido el ocho de octubre de 1975 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se interpuso el recurso de apelación que se procede a resolver.

La providencia recurrida se fundamenta en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo y en la circunstancia de que a la demanda se acompañó un ejemplar de la Gaceta Departamental, autenticado por el Gerente de la Imprenta Departamental “que no es funcionario autorizado para ello”. Agrega el Tribunal que “de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado el funcionario que debe autenticar el periódico oficial del departamento es el Secretario de Gobierno”; luego transcribe apartes pertinentes de dos sentencias de esta corporación de los años 1934 y 1935 y concluye afirmando que “esta doctrina está acorde con el artículo 2º del Decreto nacional número 1276 de 1932 (sic) que dice: “Corresponde al Secretario del Ministerio del Gobierno la autenticación de los impresos que se editen en la Imprenta Nacional, como lo dispone el numeral 9º del artículo 78 del Código de Régimen Político y Municipal”.

### Consideraciones de la Sala

El Código Contencioso Administrativo preceptúa en su artículo 86 que se reputan copias hábiles para los efectos de la comprobación de la existencia del acto que se acusa en ejercicio de la acción contencioso administrativa, las publicadas en los periódicos oficiales debidamente autenticadas por los funcionarios correspondientes. Esta disposición se inspira en idénticos fundamentos a la contenida en el ar-

título 263 del Código de Procedimiento Civil que ha de aplicarse para todos los efectos probatorios.

Ha de entenderse por "debida autenticación" la que se haga según las exigencias legales, por el funcionario público competente. En el orden nacional la competencia está atribuida por el artículo 2º del Decreto 1276 de 1923 al Secretario del Ministerio de Gobierno. Para el orden departamental y municipal no existe disposición expresa, lo cual ha dado lugar a diversas interpretaciones: Se ha sostenido unas veces que le corresponde al Presidente, al Secretario o al archivero de la Asamblea a nivel departamental (sentencia agosto 28 de 1934, T. XXVII, números 222-226, Pág. 503 Anales); otras veces se ha dicho que a los Secretarios de Gobierno del departamento, por aplicación analógica del decreto antes citado (sentencia febrero 9 de 1935, T. XXVIII, números 227-230, Pág. 24).

En 1923 se atribuyó al Secretario del Ministerio de Gobierno la atribución de autenticar los ejemplares del Diario Oficial porque la Imprenta Nacional era una dependencia del Ministerio de Gobierno. Hoy, aunque a este Ministerio no le está adscrita la Imprenta Nacional, sin embargo le corresponde la Dirección del Diario Oficial (Decretos 657 y 659 de 1974), y esta circunstancia le presta fundamento a la función de autenticarlo que le atribuye el Decreto 1276 de 1923.

De esta suerte, considera la Sala que cabe la aplicación analógica del artículo 2º del Decreto 1276 de 1923, cuando quiera que en la esfera departamental exista análoga organización de la imprenta y de las gacetas seccionales. Pero si la imprenta en donde se edita la Gaceta se ha estructurado autónomamente, como un establecimiento público o como una empresa industrial o comercial del departamento, con autonomía respecto de la Secretaría de Gobierno, y si tampoco esta última desempeña la dirección de la Gaceta no parece admisible la aplicación analógica, pues en tales casos ha de aplicarse el principio general en materia de pruebas, según el cual las copias adquieren el mismo valor probatorio del original cuando han sido autorizadas por el funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica de éste (artículo 254, C. de P. C.). Bajo una organización administrativa como la descrita es elemental suponer que el archivo principal de la Gaceta Departamental repose en las dependencias de la institución autónoma y no en la Secretaría de Gobierno, de suerte que presta mayor mérito probatorio la certificación de autenticidad del director de aquélla, que la del Secretario de la Gobernación.

En el caso de autos la Gaceta Departamental del Valle del Cauca viene autenticada por el Gerente de la Imprenta Departamental que, a la vez es el Director de aquélla, según aparece en el encabezamiento del ejemplar impreso. Dadas estas circunstancias resulta incuestionable que el periódico oficial aducido ha de reputarse como debidamente autenticado para todos los efectos procesales y que, en tal virtud la demanda formulada cumple con el presupuesto procesal del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Sala revoca el auto recurrido y dispone que por el "a quo" se proceda a la admisión de la demanda.

Remítase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

*Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

**TÍTULO III**  
**INDEMNIZACIONES**

**CAPÍTULO UNICO**  
**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.**



1900

1901

1902

1903

## RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— Por el mal servicio de la administración de justicia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., julio treinta y uno de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: Doctor Alfonso Castilla Sáiz).

Ref.: Expediente número 1808. (indemnizaciones). Actor: Sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda.

La sociedad "Samper Moscoso & Cía. Ltda., por intermedio de apoderado, en demanda presentada ante esta corporación el día 7 de mayo de 1975, pidió que se hicieran las siguientes "declaraciones y condenas":

**"Primera.** Que la Nación colombiana o República de Colombia, es civil y administrativamente responsable ante la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda. por falla en el servicio público a través de sus agentes, en este caso sus jueces, que por negligencia, omisiones y culpa grave, dio ocasión para que se sustrajeran y cobraran dolosamente varios títulos de depósito judicial, por valor total de doscientos cinco mil quinientos setenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos M/CTE. (\$ 205.578.88), los cuales se hallaban legalmente consignados en el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo de Ernesto Melendro contra la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda. que allí cursaba.

**"Segunda.** Que como consecuencia de esa responsabilidad civil y administrativa de la Nación colombiana, ésta está obligada a pagar a la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda., representada por mí en este proceso, la cantidad arriba anotada de \$ 205.578.88 M/CTE., más los intereses corrientes, o en su defecto los legales, desde la notificación de la demanda y hasta cuando el pago se verifique, así como las costas a que haya lugar, para lo cual se comunicará el fallo respectivo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a fin de que dé aplicación al artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos los relata la demanda así:

"1º En el mes de abril de 1970, Ernesto Melendro intentó acción ejecutiva contra la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda. la

cual se adelantó y falló en el citado Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá.

"2º Dentro de dicho proceso, el demandante pidió y obtuvo el embargo y secuestro de un edificio de propiedad de la sociedad demandada, situado en la calle 42 N° 27 A-61 de la ciudad de Bogotá, junto con los producidos o cánones de arrendamiento del edificio, lo cual consta en providencias dictadas por dicho juzgado con fechas abril 7 de 1970, y julio 13 del mismo año.

"3º El secuestre designado y posesionado para dichos efectos, señor Juan Crisóstomo Torres, según acta del folio 36 del cuaderno primero de dicho ejecutivo, consignó los dineros que recibía por arrendamientos del citado inmueble, en la cuenta de depósitos judiciales correspondiente al Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, entregando los títulos respectivos en dicho despacho judicial, todo por mandato expreso del Código de Procedimiento Civil y de los decretos sobre auxiliares de la justicia (Nos. 2204 y 2265 de 1969).

"4º De los títulos de depósitos judiciales entregados al Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá por cuenta del proceso ejecutivo a que venimos refiriéndonos, y que el juzgado estaba en la obligación legal de guardar cuidadosamente para entregarlos posteriormente a quien correspondiera, de ellos, repito, por negligencia del juez fueron sustraídos y cobrados dolosamente los siguientes títulos de depósito judicial:

D. J. N° 597825 de agosto 12 de 1970 por \$ 72.069.88

D. J. N° 613738 de septiembre 7 de 1970 por \$ 12.606.35

D. J. N° 623922 de octubre 15 de 1970 por \$ 15.601.30

D. J. N° 841588 de diciembre 7 de 1970 por \$ 17.559.80

D. J. N° 849581 de enero 11 de 1971 por \$ 18.850.72

D. J. N° 894780 de enero 27 de 1971 por \$ 29.364.74

D. J. N° 302201 de enero 18 de 1972 por \$ 19.010.16 y,

D. J. N° 320328 de marzo 22 de 1972 por \$ 20.515.84.

"Y digo negligencia, porque estando tales efectos bajo la responsabilidad legal de juez, éste no los guardaba sino que los dejaba en poder de los empleados subalternos, precisamente en manos de quienes los sustrajeron y cobraron, conforme habrá de probarse oportunamente.

"5º La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá falló en segunda instancia el proceso ejecutivo de Ernesto Melendro contra la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda., y declaró probadas las excepciones que propuse a nombre de dicha sociedad contra el mandamiento ejecutivo, y, consecuentemente, decretó el desembargo de bienes y la entrega de los mismos a la parte demandada, o sea a la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda.

“Sin embargo, la sentencia no pudo cumplirse en su integridad, pues los títulos de D. J. arriba relacionados, por la suma de \$ 205.578.88 M/CTE., no pudieron ser devueltos o entregados a la sociedad mencionada, por la razón de haberse sustraído y cobrado dolosamente, como ya lo expresé.

“6º Por la sustracción y cobro de los mencionados T. de D. J., el propio Juez 13 Civil del Circuito de Bogotá, doctor Oscar del Toro, formuló denuncia contra algunos de sus empleados subalternos, la cual concluyó con sentencia condenatoria contra varios de los responsables, dictada por el Juzgado Sexto Superior de Bogotá, y confirmada por el honorable Tribunal Superior del mismo Distrito.

“7º El doctor Oscar del Toro no sólo era el responsable de la custodia y guarda de los bienes confiados a su cuidado en su calidad de Juez 13 Civil del Circuito de Bogotá, sino que por esa misma razón era un agente del servicio nacional, como lo es el servicio de la administración de justicia, que conlleva por mandato de la ley, el cuidado y la administración de los dineros consignados a favor del juzgado, por cuenta y con ocasión de los pleitos que se ventilan en cada despacho judicial”.

En derecho invoca la demanda las siguientes normas: Decretos 2204 y 2265 de 1969, sobre auxiliares de la justicia; artículos 10, 513 y ss. y 510, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil; 2347, 1613 y 1614 del Código Civil; 35 y ss. del Código Contencioso Administrativo; 28 y 30 del Decreto 528 de 1964; 84 y ss. y 124 y ss. del Código Contencioso Administrativo, y 16 y siguientes de la Constitución Nacional. Cita igualmente la jurisprudencia de la Corte y de esta corporación en relación con casos anteriores similares al presente.

El señor Fiscal 2º de la corporación considera que se deben despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

### Se considera

Al proceso se trajeron las pruebas con las cuales se acreditan los siguientes hechos:

a) La consignación en el Banco Popular, Sucursal Bogotá, de las sumas indicadas en la demanda y en las fechas allí señaladas;

b) La entrega al Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá de los respectivos títulos de depósito judicial por el valor de cada consignación, para su custodia y devolución cuando fuere el caso;

d) El cobro de las mismas sumas mediante cartas y endoso de los títulos a personas distintas a quienes debía hacerse, cartas que la justicia penal reputó como falsas, y con anterioridad a la fecha en que el juzgado ordenó la entrega de ellas;

e) La condena a varios meses de prisión contra ex-funcionarios y particulares, del Juzgado Trece, por el delito de falsedad y estafa, por el cobro de estos depósitos judiciales;

f) La no entrega de los respectivos títulos para su cobro en el Banco Popular a la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda., ordenada por el Juzgado 13 Civil del Circuito en auto de 11 de diciembre de 1974, por haber sido cobrados dolosamente, varios meses antes.

En un caso exactamente igual al presente, esta corporación en sentencia de fecha 10 de noviembre de 1967, con ponencia del señor Consejero doctor Gabriel Rojas Arbeláez, expediente número 867, dijo lo siguiente, aplicable al caso de autos: "Indudablemente el título fue sustraído, y fue falsificado el oficio; pero como lo primero implica un mal servicio administrativo, que es en el caso el mal servicio de la administración de justicia, que dio a conocer así no sólo la falta de seguridad en las oficinas, sino también la despreocupación de los funcionarios; la Nación debe responder, porque es la persona que presta ese servicio.

"La administración de justicia culmina en las decisiones jurisdiccionales, pero se ejercita a través de una sucesión de actos, varios de ellos de carácter administrativo, y simplemente de este carácter, los que pueden aparejar la responsabilidad estatal. Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, y otras cosas son ciertos actos que cumplen los jueces en orden a definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad".

La Sala desea agregar unas breves consideraciones al respecto:

No es este el primer caso que la Nación es condenada al pago de perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes unas veces por la inseguridad en que se mantienen los despachos judiciales, y otras por negligencia de sus empleados.

Como se ha solicitado el pago de intereses "corrientes, o en su defecto los legales", y éstos han sido estimados por la Sala en ocasiones anteriores en el doce por ciento (12%) anual, a ellos se condenará a la Nación, desde la notificación de la demanda como se ha pedido, o sea desde el día cinco (5) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), hasta cuando se verifique el pago, conforme al artículo 122 del Código Contencioso Administrativo.

Por otra parte, la suma exacta certificada por el Juzgado 13 Civil del Circuito, folio 22 del cuaderno N° 2, correspondiente a los títulos de depósitos judiciales cobrados dolosamente y que debían ser entregados a la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda., es la de doscientos cinco mil quinientos setenta y ocho pesos con 88/100 M/CTE. (\$ 205.578.88).

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 de acuerdo con su colaborador Fiscal,

#### **Falla:**

1º Declárase a la Nación civilmente responsable de los perjuicios causados a la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda., por la no entrega

de los títulos de depósitos judiciales que debía haberle hecho el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del juicio ejecutivo adelantado contra dicha sociedad por el señor Ernesto Melendro, por haber sido sustraídos del juzgado y cobrados dolosamente por otras personas.

2º Condénase a la Nación a pagar a la sociedad Samper Moscoso & Cía. Ltda. la suma de doscientos cinco mil quinientos setenta y ocho pesos con 88/100 M/CTE. (\$ 205.578.88) sobre la cual reconocerá y pagará un interés anual de doce por ciento (12%), desde el día cinco (5) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), hasta que se verifique el pago.

3º La Nación tiene derecho de repetir contra los responsables de la pérdida de los títulos de depósitos judiciales de que trata esta sentencia, hasta concurrencia de lo que debe pagar. Para este efecto, remítase copia de este fallo al señor Procurador General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día treinta (30) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976).

*Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Castilla Sáiz, Carlos Portocarrero Mutts.*

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**ACCION INDEMNIZATORIA.**— A partir de la vigencia del Decreto-ley 528 de 1964 (agosto 1º de 1965), las acciones por responsabilidad extracontractual de los entes públicos están sometidas a la sanción de caducidad en caso de no instaurarse los libelos dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del hecho (artículo 28 ibid.), mas esa sanción solamente puede aplicarse a los hechos sucedidos a partir de la vigencia de tal norma, no a los anteriores, para los cuales existe la prescripción de la acción de veinte (20) años.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.**— Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Portocarrero Mutis**).

Ref.: Expediente número 1941. Ordinario indemnizaciones. Actor: Samuel E. Poole.

Al notificarse del auto admisorio de la demanda, el señor Fiscal Segundo de la corporación, solicita reposición de la providencia que así lo dispuso “para que en su lugar se rechace in limine la demanda”.

Para fundamentar su petición el señor Agente del Ministerio Público, arguye que:

“El artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, estatuye que la demanda debe rechazarse in limine en los procesos en que exista término legal de caducidad para intentarla, cuando de ella o de sus anexos aparezca que dicho término está vencido. En verdad, del texto de la demanda aparece con la máxima claridad que el término de caducidad se ha vencido, toda vez que en ella se da cuenta de la existencia de la referida sentencia que declaró probada la excepción respectiva: “Se desprende, pues, la existencia de cosa juzgada sobre la materia. En efecto, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, expresa que la sentencia ejecutoriada proferida en procesos contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Tal es, como puede verse, el caso en que nos encontramos.

“En la demanda que se acaba de admitir el señor apoderado hace énfasis sobre el hecho de haber ocurrido el daño cuya indem-

nización demanda en época anterior a la tenida en cuenta por el fallo recaído en el juicio número 1254, razón por la cual estima que el proceso, o mejor la acción, tiene un término de caducidad de 20 años no vencidos todavía, de conformidad con las leyes vigentes al momento de la ocurrencia del daño. Sin embargo, observa la Fiscalía que estas mismas razones habrían podido ser puestas de presente en el proceso que culminó con el fallo de 26 de abril de 1973; y no es posible entablar por la vía judicial nueva discusión sobre la materia, puesto que en nada quedaría entonces la institución de la cosa juzgada que es uno de los pilares de nuestro régimen procesal.

“Considera este despacho que de acuerdo con las normas citadas es este el momento procesal en que debe decidirse por el juez la cuestión propuesta, para que en el caso de que ella prospere porque el honorable Consejero encuentre ajustadas a derecho nuestras consideraciones, se economicen los costos de un proceso y se cumpla así con el principio de buscar la economía procesal, en bien de las partes y del órgano jurisdiccional”.

El apoderado de la demandante se opone a que revoque el auto recurrido ya que no existe caducidad de la acción ni hay cosa juzgada material sobre el asunto objeto de la litis, y se expresa así:

“La **caducidad** está establecida como el término o plazo que la ley le brinda a los ciudadanos para hacer valer ante las autoridades jurisdiccionales los derechos que estimen conculcados. O, como lo ha dicho el Consejo, ‘los plazos reestablecidos en forma objetiva, es decir sin consideración a situaciones personales del interesado, es lo que se llama **caducidad**. Si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción **caduca**, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlo excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos’. (Anales, tomo LXXXII, primer semestre 1972, página 240). Sentado en qué consiste la **caducidad**, veamos ahora si la parte que represento dejó precluir los testimonios previstos en la ley para el ejercicio del derecho que ahora reclama, o si por el contrario, se encontraba dentro de ellos. Si lo primero, habrá caducidad; si lo segundo, le falta razón a la Fiscalía. “Bastante hincapié hice en la demanda, en que los hechos de donde se desprende la responsabilidad de la administración, ocurrieron en el año de 1963, época en la que la ley señalaba el término de veinte (20) años para lograr el resarcimiento de los perjuicios causados por particulares o por agentes de la administración. El señor Fiscal en su recurso afirma que ‘en verdad, el texto de la demanda aparece con la máxima claridad que el término de caducidad se ha vencido, toda vez que en ella se da cuenta de la existencia de la referida sentencia que declaró probada la excepción respectiva’. La claridad anotada por el recurrente no parece tal, hasta el punto que no se toma la molestia de analizar cuál era el término que la ley nos brindaba, por esa época, para accionar. También agrega que ‘... el término de caducidad se ha vencido’, cuando este fenómeno no ocurre en el



derecho procesal. En efecto, la caducidad se presenta u opera, pero el término de caducidad **no se vence**, lo que puede ocurrir es que se presente.

“Cuando ocurrieron los hechos fundamento de la demanda, se aplicaba el artículo 2536 del Código Civil que con claridad meridiana preceptuaba que la acción ordinaria, como la presente, prescribía en veinte (20) años. De tal suerte que como la falla en el servicio se dio en el año de 1963, como se señaló en la demanda, la acción ordinaria para demandar la reparación de perjuicios caducaría en 1983. Cosa diferente ocurre cuando los hechos han tenido lugar dentro de la vigencia del Decreto 528 de 1964, pues como esta norma consagró el término de tres (3) años para demandar, cualquier demanda presentada más allá de ese lapso deberá rechazarse por haber caducado la acción. Ya lo había afirmado en la demanda, capítulo de ‘la acción’, ratificando lo que aquí expongo, que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 permite al demandante, en casos como este, acogerse al término de veinte (20) años (Ley 50 de 1936 y artículo 2536 del Código Civil) o al de tres (3) años (Decreto 528 de 1964). De ahí que en forma expresa se consagró en la demanda que nos acogíamos al término de veinte (20) años, pero que parece el señor Fiscal no recordó al presentar su recurso.

“Lo que he sostenido atrás, no es nada nuevo para el honorable Consejo, pues en casos semejantes a este se ha acogido la tesis de que el particular goza de veinte (20) años para formular su demanda.

“Estimando que la supuesta caducidad de la acción no ha existido en el **sub lite**, pasaremos ahora a rebatir la cosa juzgada que alega el recurrente. El Ministerio Público invoca en apoyo de su tesis lo preceptuado en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y lo desarrolla para concluir que se dan los presupuestos de la norma en mención. Pero lamentablemente olvidó, que por una parte la nueva demanda no se funda ‘en la misma causa que la anterior’, toda vez que la decidida en sentencia de 26 de abril de 1973, se fundó en causas **ocurridas en 1966**, mientras que la presentada por el suscrito se basa en hechos (causas) que tuvieron aparición **durante 1963**. Por este solo aspecto, no puede darse el fenómeno de la cosa juzgada. Pero lo que sí es lamentable es que la Fiscalía no haya revisado el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, norma que consagra las sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada. Allí se lee claramente en los ordinales 3º y 4º que no constituyen cosa juzgada las sentencias ‘que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento’ y ‘las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio’.

“Si la anterior demanda se fundamentó en circunstancias fácticas acaecidas en 1966 y por ello se declaró probada la excepción de caducidad de la acción, al presentarse una nueva demanda respaldada en hechos sucedidos en 1963, la excepción probada de caducidad no impide iniciar o promover nuevo proceso, pues ha desaparecido la causa que provocó el reconocimiento de la excepción

de caducidad. Ahora bien, como no hubo un pronunciamiento de fondo en la sentencia de 26 de abril de 1973, sobre las pretensiones del demandante, el fallo tiene el carácter de inhibitorio y por ello tampoco puede tener la virtud o fuerza de constituir cosa juzgada. Lo que es 'pilar de nuestro régimen procesal' es la cosa juzgada material, pero no la 'cosa juzgada' meramente formal".

### Consideraciones

Los motivos de rechazo de las demandas presentadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo están señaladas por el artículo 87 de la Ley 167 de 1941, que establece "no se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades (hace relación a las ordenadas por los artículos 84 y 86 de esa obra)".

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado en diferentes ocasiones que es igualmente obligación del juez al momento de entrar a estudiar la admisión de un libelo en ejercicio de las acciones consagradas por los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, analizar si aparece manifiestamente caducada o no la acción que se ha instaurado. Pero esa caducidad debe aparecer del simple cotejo entre la fecha en que se dice sucedieron los hechos dañosos, en tratándose de acciones indemnizatorias, y la fecha en que se introdujo el libelo ante la Secretaría del Consejo. Si al hacer este análisis no se llega a esa conclusión no podrá declararse la caducidad aunque un estudio más profundo del caso pueda permitir concluir que el hecho dañoso no es el señalado en el libelo sino otro diferente.

Si el principio de la economía procesal debe regir la actuación jurisdiccional, no debe serlo con detrimento del derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional que es de mayor jerarquía y postulado primordial de un estado de derecho.

Por la anterior razón, no se podrá al estudiar el recurso interpuesto por el señor Agente del Ministerio Público, sobre cosa juzgada, advirtiendo que es un contrasentido procesal, el manifestar que si se declara probada la excepción de caducidad de un negocio, puedan denegarse las súplicas del mismo, cuando la caducidad impide entrar a estudiar en el fondo.

En relación con la caducidad en los casos de responsabilidad extracontractual, sobre hechos ocurridos con anterioridad al día 1º de agosto de 1965, fecha en que entró a regir el Decreto 528 de 1964, en diversas oportunidades se ha expresado el Consejo, entre las cuales basta citar las providencias de 13 de diciembre de 1968 (expediente 982), 27 de enero de 1969 (expediente 978), 25 de noviembre de 1969 (expedientes 1062 y 1071) y sentencia de 21 de marzo de 1974.

En tales proveídos ha expresado el Consejo:

"1º Con anterioridad a la vigencia del Decreto 528 de 1964 los juicios contra la administración por responsabilidad extracontractual, eran de competencia de la jurisdicción ordinaria. Esa fue la intención del legislador al dictar la Ley 167 de 1941.

"2º La responsabilidad de la administración por 'falla del servicio', es una responsabilidad directa.

"3º Las acciones indemnizatorias prescribían en 20 años, según reiterada jurisprudencia de la Corte, por ser aplicable en estos casos el artículo 2536 del Código Civil.

"4º A partir de la vigencia del Decreto 528 de 1964, que dio competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones indemnizatorias contra la administración, atribuidas antes a la jurisdicción ordinaria, condicionó su conocimiento a que aquéllas se instauraran 'dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente'. (Art. 28).

"5º Al mencionado decreto sólo puede dársele efectos para el futuro, vale decir, a partir de su vigencia; artículo 30 de la Constitución Nacional y 52 del Código de Régimen Político y Municipal.

"Ahora bien, el hecho que dio origen a la acción instaurada en el caso que se viene estudiando, sucedió cuando el conocimiento de los juicios contra la administración por responsabilidad extracontractual (falla del servicio) era de la competencia de la jurisdicción ordinaria; y según lo expuesto anteriormente, la acción para demandar prescribía en veinte (20) años".

En síntesis: Es indiscutible que a partir del año de 1965 —agosto 1º— las acciones de responsabilidad "extracontractual" de los entes públicos están sometidas a la sanción de caducidad en caso de no instaurarse los libelos dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del hecho (artículo 28 del Decreto 528 de 1964), mas esa sanción solamente puede aplicarse a los hechos sucedidos a partir de la vigencia de tal norma, no a los anteriores; tampoco es lícito interpretar la norma como consagratória de una ficción: que los hechos anteriores a 1965, se entienden ocurridos el día 1º de agosto de ese año. No hasta el día 1º de agosto de 1965 cuando de las acciones sobre responsabilidad extracontractual conocía la justicia ordinaria, existía prescripción de la acción de veinte años; a partir de esa fecha existe caducidad de la acción que es una figura diferente como lo ha sostenido el Consejo de Estado en muchas oportunidades (sentencia 13 de octubre de 1963).

Los hechos ocurridos con anterioridad al primero de agosto de 1965, tienen prescripción veintenaria, y no caducidad de la acción de tres años. Si la demanda se instaura antes del lapso consagrado en el artículo 2536 del Código Civil no podrá declararse probada la excepción de prescripción de la acción. Y en tales eventos no hay lugar a caducidad.

Como los hechos generadores de la acción dice el libelo, se sucedieron el año de 1963, es decir, antes de entrar en vigencia el Decreto 528 de 1964, y no han transcurrido 20 años entre el acontecimiento de la situación fáctica y la introducción del libelo, tiene que concluirse que la acción no es extemporánea, no dándose por esa razón, la prescripción de la acción, y como no estaba vigente el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, no puede, tampoco, declararse la caducidad de la acción, sanción o pena inexistente para el momento en que según el libelo se sucedieron los hechos dañosos.

Por lo expuesto,

**Se resuelve:**

**No es del caso** reponer la providencia de treinta (30) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976).

Cópiese y notifíquese.

*Carlos Portocarrero Mutis.*

*Victor M. Villaquirán M.,* Secretario.

## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**ACCION INDEMNIZATORIA.**— Interpretación del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Ocurrido el hecho o la operación administrativa, el damnificado puede, o acudir directamente a la administración, o instaurar su acción en los tribunales; pero si hace lo primero dentro del término de los tres años (artículo 28, Decreto-ley 528 de 1964), interrumpe la caducidad y puede luego demandar la decisión administrativa.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.**— Bogotá, D. E., marzo once de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Gabriel Rojas Arbeláez**).

Ref.: Expediente N° 1499. Actor: S. Roberto Bornhofen.

En demanda presentada el 11 de agosto de 1973, los señores Gustavo Koch y Heinrich Von Hein, representantes legales de la sociedad "Robert Bornhofen", obrando por medio de apoderado pidieron se hicieran las siguientes declaraciones:

"1° Es nulo el acto administrativo contenido en el oficio N° 00961-MI-DOJ-SNG-818 de 16 de abril de 1973, expedido por el señor Ministro de la Defensa Nacional, por el cual niega el pago de la indemnización debida a mi poderdante por razón de la colisión ocurrida entre el carguero alemán "Robert Bornhofen" con el remolcador de la Armada Nacional "Pedro de Heredia".

"2° El Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa, Armada Nacional, es responsable de la colisión ocurrida entre el remolcador de la Armada Nacional "Pedro de Heredia" y el buque alemán "Robert Bornhofen" el 23 de agosto de 1969, en el Atlántico, en posición 11°06" norte 75°52" W.

"3° En consecuencia, el Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa Nacional, está obligado:

a) A pagar a la sociedad "Robert Bornhofen", con sede en Hamburgo, Alemania Occidental, el daño emergente ocurrido en el buque "Robert Bornhofen", como consecuencia de la colisión, la suma de D.M. 35.332.36 o su equivalente en moneda colombiana al cambio oficial el día en que se produzca el pago;

b) Subsidiariamente a pagar el valor de los daños que se demuestren en el curso del proceso;

c) A indemnizar el lucro cesante causado por el daño en el buque "Robert Bornhofen", y que le impidió su actividad normal;

d) A pagar los intereses corrientes por la suma que se deduzca por daño emergente y lucro cesante, desde el día en que se produjo la colisión hasta el día en que se haga el pago.

### Hechos

Para fundamentar las anteriores súplicas la parte demandante relacionó los hechos siguientes:

"1º El 23 de agosto de 1969, en el Atlántico, en posición 11'06" norte 75'52" W se produjo una colisión entre el remolcador de la Armada Nacional "ARC Pedro de Heredia" y el buque alemán "Robert Bornhofen" de propiedad de mis poderdantes.

"2º La colisión produjo en la nave "Robert Bornhofen" daños apreciables entre el puente y la cubierta principal.

"3º El accidente fue investigado por la Capitanía de Puerto de Cartagena, dependencia de la Marina Mercante Grancolombiana y se estableció que la colisión se produjo por culpa del remolcador "ARC Pedro de Heredia", comandado por el teniente de navío Ernesto Hernández Palomino.

"4º El capitán del Puerto de Cartagena en sentencia del 23 de agosto de 1969 declaró responsable de la colisión sufrida entre el remolcador "ARC Pedro de Heredia" y el buque "Robert Bornhofen" al teniente de navío Ernesto Hernández Palomino.

"5º Esta decisión de la Capitanía de Puerto de Cartagena vino en consulta a la Dirección de Marina Mercante en Bogotá la que por providencia de 10 de octubre de 1969 confirmó el fallo de primer grado dictado por la Capitanía de Puerto de Cartagena.

"6º Por esta razón de los daños producidos por la colisión en el buque "Robert Bornhofen" es responsable la Armada Colombiana, Departamento del Ministerio de Defensa Nacional.

"7º Los daños causados por esta colisión implicaron a los armadores gastos por valor de D.M. 35.332.36, discriminados así:

"1. Gastos portuarios y de agencia en Cartagena de arribar a dicho puerto, como puerto de emergencia.

DM 4.234.00

Factura N° 1910 de Aníbal Ochoa E. & Cía. Ltda., Cartagena (anexo 1). DM 3.780.00

Factura 10-1-69 de Grace & Cía. Cartagena (anexo 2) ... .. DM 275.00

Notas de débito de Zim Israel Navigation Co. Ltda. Haifa (anexos 3 y 4) . . . . .

Se trata del costo de telegramas y de copias y documentos que los agentes de los fletadores (Zim Israel Navigation) tuvieron que hacer a consecuencia de la colisión y que los fletadores cobraron a los armadores del buque . . . . . DM 179.00

"2. Gastos de agencia y costo de provisiones, en exceso de los corrientes, causados por prolongación forzosa de estadía en Balboa para efectuar reparaciones provisionales exigidas por sociedad clasificadora para permitir continuación del viaje. También incluye gastos de telegramas, etc., hechos en relación con las reparaciones provisionales . . . . . DM 2.725.38

Facturas de Agencias Continental Panamá (anexos 5 y 6) . . . . . DM 350.50

Relación elaborada por el capitán del buque (anexo 7; posiciones A, C y D) . . . . . DM 2.374.88

"3. Valor combustible y lubricante consumidos en desviación forzosa a Cartagena (el buque no tenía Cartagena en su itinerario y al no ocurrir la colisión no hubiera arribado allá) . . . . .

Relación elaborada por el capitán del buque (anexo 8) . . . . . DM 649.54

"4. Materiales consumidos en reparación de emergencia efectuadas inmediatamente después de la colisión en alta mar . . . . .

Relación elaborada por el capitán del buque (anexo 9) . . . . . DM 800.15

"5. Salarios extras de miembros de la tripulación, pagados por este mismo concepto (anexo 9) . . . . . DM 640.44

"6. Costo de las reparaciones provisionales efectuadas en Balboa (reparaciones exigidas por la sociedad clasificadora para permitir continuar el viaje) . . . . . DM 3.125.62

Avalúo del costo, por Maxey Marine International S. A. (anexo 10).

"7. Costo de las reparaciones definitivas efectuadas en Rotterdam. DM 3.455.00

Factura 11288vH de Nielmis & Van Den Bergs, Rotterdam (anexo 11) . . . . .

"8. Costo de diversas inspecciones técnicas . . . . . DM 4.294.12

Factura de W. Moller & Cía. Bogotá inspección de los daños en Cartagena (anexo 12) . . . . . DM 1.965.00

Factura de Hans J. Illies, Colón (anexo 13) . . . . . DM 470.62

Factura American Bureau of Shipping, inspección de sociedad clasificadora, reglamentaria en casos de colisión (anexo 14) . . . . . DM 648.75

Factura Maxey Marina Int., Colón inspección carga, efectuada para salvaguardar intereses de los armadores en caso que la carga estuviera afectada por la colisión (anexo 15) . . . . . DM 348.75

Factura de Panamá Canal Co. Inspección de Chemist Services (anexo 16) . . . . . DM 250.00

Factura Germanischer Lloyd, Inspección reglamentaria de sociedad clasificadora después de reparaciones definitivas en Rotterdam (anexo 17) . . .; proporción correspondiente a este accidente . . . . . DM 73.00

Factura Wambersie & Zoon's, Rotterdam; asesoría ante astillero en reparaciones definitivas (anexo 18) DM 323.00

Honorarios representantes compañía aseguradora por interventoría en reparaciones . . . . . DM 215.00

"9. Proporción de salarios ordinarios y manutención tripulación correspondiente al tiempo de la desviación a Cartagena . . . . . DM 3.911.46



"10. Diversos gastos menores relacionados con el accidente y sus consecuencias. Telegramas de los armadores en Hamburgo (copias como anexo 19) ... .. DM 766.15

Factura de la Embajada de Alemania, Bogotá, por traducción al alemán y autenticación del fallo de Capitanía de Puerto, Cartagena (anexo 20) ... .. DM 48.50 DM 814.65

"11. Lucro cesante correspondiente al período de la desviación forzosa a Cartagena y estadía allá.

Agosto 23 de 1969, 11:26 horas a agosto 25 de 1969, 16:30 horas a razón de US\$ 1.340.00 por día ... ..

DM 10.662.00

DM 35.332.36

"8º Oportunamente se solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, Comando de la Armada Nacional, el pago de los daños causados por la colisión entre el remolcador "Pedro de Heredia" y el buque "Robert Bornhofen".

"9º Transcurridos cerca de dos años, el Ministerio de Defensa Nacional resuelve la solicitud por medio del oficio número 00961 MIDOJ-SNG-811 de 16 de abril de 1973 en que se niega a reconocer y pagar los daños sufridos porque "carece de facultad legal para disponer el pago de dicha indemnización en atención a no existir en el presupuesto asignado al Ministerio de Defensa Nacional partida alguna destinada a tal fin como tampoco sentencia judicial condenatoria para la administración".

"10. Este documento aparece firmado por el general Hernando Currea Cubides, Ministro de Defensa Nacional.

"11. El remolcador "ARC Pedro de Heredia" es de propiedad del Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa, Armada.

"12. El 23 de agosto de 1969 el remolcador "ARC Pedro de Heredia" procedía de San Andrés Islas en viaje ordenado por el Comando de la Armada Nacional.

"13. El 23 de agosto de 1969, en el momento de la colisión con la nave "Robert Bornhofen", el teniente de navío Ernesto Hernández Palomino comandaba el remolcador "ARC Pedro de Heredia".

"14. El teniente de navío Ernesto Hernández Palomino, en el momento de la colisión desempeñaba las funciones de Comandante del remolcador "ARC Pedro de Heredia", en misión oficial, en su calidad de Oficial de la Marina de Guerra Colombiana".

### Derecho

En derecho se fundó el demandante en las disposiciones de los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, literal b) del artículo 30 del Decreto número 528, y 38 y 73 del Decreto 2349 de 1971.

### Concepto de la Fiscalía

La Agencia del Ministerio Público es de parecer que la acción indemnizatoria ya estaba caducada cuando se presentó la demanda, porque los presuntos perjuicios causados al demandante no tuvieron origen en el oficio dirigido por el Ministerio de la Defensa Nacional a él, sino en el hecho de la colisión del remolcador "Pedro de Heredia", con el carguero "Robert Bornhofen", lo que ocurrió el 23 de agosto de 1969, o sea, más de tres años antes de haberse instaurado el libelo.

### Para resolver, se considera

En el auto de fecha octubre 25 de 1973, proferido con motivo de la solicitud del señor Fiscal para que se repusiera el auto admisorio de la demanda, dijo el Consejero sustanciador:

"Tiene que ser ostensible la caducidad de la acción para que se pueda rechazar la demanda, y lo cierto es que el caso de autos no resulta tan paladino como para afirmar sin vacilación que él cae bajo el régimen común de caducidad que establecen los artículos 68 del Código Contencioso Administrativo y 28 del Decreto 528 de 1964, régimen que registra excepciones, como la que consagró la Ley 179 de 1959. De una parte está el procedimiento de que trata el Decreto 3183 de 1952, organizador de una jurisdicción (Cap. III, Art. 8º) que emite fallos de primero y segundo grados, y que está encargado de investigar hechos como el que ha originado la acción, y de fijar la responsabilidad consiguiente. Y cuando la administración afirma que uno de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones ha perjudicado a terceros, está afirmando su propia responsabilidad, si es que tiene sentido la teoría de la responsabilidad **directa**. Por ahora no hay un criterio legal para distinguir la falta personal de la falta o falla del servicio, aunque parece que ese fue el propósito constitucional al disponer en el artículo 62 que la ley determinará los casos de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva.

"De otra parte está el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cuando la causa de la violación del derecho es un hecho o una operación administrativa, no se ejercita la acción de nulidad, sino que se demandan directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. El precepto dispone que se pida el pago a la administración misma: indudablemente para que haya lugar a un pronunciamiento de ésta: a lo "probable" que llaman los franceses; a una decisión previa que ha de anteceder a la contienda judicial y que es la verdadera justificación de ésta.

"En contradicción con esta norma parece estar el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, a cuyo tenor las acciones indemnizatorias

por hechos u operaciones de la administración deberán instaurarse dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente. Pero como el juez debe buscar y procurar la racionalidad aun de las cosas en apariencia irracionales, todo para prestigio de la ley y salvaguarda de los derechos, las dos disposiciones se concilian estableciendo que el damnificado puede o acudir directamente a la administración, como ordena la ley, o instaurar su acción en los tribunales; pero que si hace lo primero dentro del término, interrumpe la caducidad y puede luego demandar la decisión administrativa.

“En el ordenamiento del artículo 68 citado, el legislador de 1941 no hizo más que acoger la llamada en derecho francés “regla de la decisión previa”, conforme a la cual no se puede acudir ante el juez administrativo sino para accionar contra una decisión de la administración. Pero habiendo sido así, y siendo ese precepto una fuente de confusión para los litigantes, la jurisprudencia Colombiana debe darle todas las consecuencias que a la mencionada regla se le han dado en el país de donde fue trasplantada. Resulta que dicha regla establece un recurso administrativo previo al recurso jurisdiccional, y cuando esto ocurre —dice Vedel— aquel recurso conserva el plazo del último, cuando es ejercido dentro del término de éste.

“Waline por su parte (“Derecho administrativo”, octava edición, Editorial Sirey, páginas 174 y 175) estudiando el punto de “La opción abierta al litigante”, expresa:

“ “ . . . . .

“En fin, si se dispone aun de un recurso contencioso, en principio es preferible buscar primeramente un entendimiento amigable; lo que es posible de hacer sin riesgo de que prescriba el recurso contencioso, porque el recurso administrativo, si es ejercido dentro del término señalado para el ejercicio del contencioso, **interrumpe la prescripción de éste**. Por lo demás, el juego de las disposiciones legales sobre la manera de formar el recurso contencioso, obliga en la mayor parte de los casos a formar un recurso administrativo previo. Es preciso considerar lo más a menudo el recurso puramente administrativo, como una especie de preliminar obligado del recurso contencioso”.

“Los artículos 68 de la Ley 167 de 1941 y 28 del Decreto 528 de 1964 no se excluyen y por lo mismo no puede hablarse de caducidad de la acción”.

Las anteriores consideraciones del sustanciador condujeron a que se mantuviera la providencia por la cual se admitió el libelo. Ahora, al momento de expedir la decisión final, es del caso examinar la procedencia de ellas, sobre todo a la luz de las pruebas traídas al juicio.

Lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, no es tan claro como puede parecerlo, y lo indicado, de acuerdo con las directrices que traza el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, es determinar su sentido de acuerdo con principios generales aceptados en el derecho administrativo. Ante la ocurrencia de hechos u operaciones causantes de perjuicios, el precepto del citado artículo 68 establece que se deben

demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. La administración a que la disposición se refiere es la administración activa, y si el recurso a ella es directo, como el texto lo dispone, esto no quiere decir sino que no se trata del ejercicio del recurso jurisdiccional, sino de instar a aquella administración para que se pronuncie sobre el punto que se le plantea.

Si las hay, son pocas las disposiciones que tengan originalidad en nuestro derecho administrativo, y, por el contrario, la mayoría de ellas son trasuntos de los derechos francés y español. La decisión previa, por ejemplo, es uno de los requisitos que para acudir ante los tribunales se exigen en el derecho administrativo español. Dice a este respecto González Pérez:

“Desde el punto de vista procesal la existencia previa del acto administrativo o de la disposición reglamentaria, constituyen un presupuesto procesal de tal modo que el tribunal declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo si tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación”.

“Los principios fundamentales que informan el régimen administrativo impiden la admisión de pretensiones ante los tribunales frente a la administración pública, sin la existencia de una manifestación de voluntad de la administración en relación a la cual la pretensión se formula”.

“Esta jurisdicción —ha afirmado jurisprudencia reiterada— exige como condición *sine qua non* para sus pronunciamientos, una previa resolución de la Administración” (González Pérez, “Derecho procesal administrativo”, tomo II).

Por su parte el tratadista francés Charles Debbasch, expresa:

“Todos los recursos contenciosos llevados delante del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos deben llevar la forma de un recurso contra una decisión administrativa. El demandante debe justificar esta decisión antes de poder formar un recurso delante del juez administrativo. En el contencioso pleno la regla muestra su originalidad. Cuando se trata de la demanda de anulación de un acto administrativo, se comprende que el demandante debe indicar con precisión la decisión cuya anulación se ha pedido, y por eso es preciso que esta decisión exista. El demandante pretende, al contrario, en el contencioso de responsabilidad, por ejemplo, que un daño le ha sido causado. No hay entonces un acto para llevar al Consejo de Estado; un accidente es un hecho material; no un acto jurídico. Entonces aquél debe provocar un acto tal, y para eso el interesado debe pedir una indemnización a la administración. Las acciones indemnizatorias se producen bajo la forma de una protesta contra una decisión previa rehusando esa indemnización” (procedimiento administrativo contencioso y procedimiento civil).

Por la forma como está redactado el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo más parece reflejarse aquellas jurisprudencias y aquellas doctrinas, que constituir una norma original y autónoma en

la legislación colombiana. Pero aún en el supuesto de que el espíritu de ese ordenamiento fuere el de poner al demandante en la situación de acudir en primer término con su pretensión ante la administración activa, o al menos otorgarle la alternativa de hacer esto o ejercitar el recurso jurisdiccional, es claro que lo primero no podrá hacerlo cuando ya esté vencido el término para hacer uso de este último recurso.

Al tenor de lo sostenido por los doctrinantes citados en el auto de octubre 25 de 1973, el recurso administrativo interrumpe la caducidad del recurso jurisdiccional. No cree la Sala que le sea preciso ahora pronunciarse sobre ese punto; pero lo que sí estima del caso anotar es que para el ejercicio de aquel recurso no puede haber un término indefinido.

En el presente caso el hecho que ha motivado el ejercicio de la acción ocurrió el 23 de agosto de 1969, por lo que el término para demandar vencía el 23 de agosto de 1972. Dentro del mismo se debía haber acudido a la administración para hacer producir a ésta el acto previo, si al citado artículo 68 se le diera la interpretación que emana de las doctrinas y jurisprudencias sobre ese acto. Pero lo que resulta de los autos es que el oficio del Ministerio de Defensa Nacional que el actor acusa se produjo el 16 de abril de 1973; y que aunque en la demanda se afirma que tal oficio fue la respuesta a la petición elevada cerca de dos años antes, no se aprovechó el término probatorio para dar prueba de esto último.

Ocho meses después de vencido el término prescrito en el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964 aparece pronunciándose la administración sobre la solicitud que el actor dice haberle formulado. Fácil es comprender que después de un tiempo tal no se puede presumir que el reclamo fue formulado en tiempo oportuno.

En consecuencia, no hay fundamento para afirmar que el término de caducidad fue interrumpido.

### Decisión

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 la excepción de caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese. Revalídese el papel común.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día once de marzo de mil novecientos setenta y seis.

*Oswaldo Abello Noguera, Gabriel Rojas Arbeláez, Alfonso Castilla Sáiz, con salvamento de voto; Carlos Portocarrero Mutis.*

*Victor M. Villaquitrán M., Secretario.*

## SALVEDAD DE VOTO

(Del Consejero doctor Alfonso Castilla Sáiz).

Ref.: Expediente número 1499. (Indemnizaciones). Actor: S. Roberto Bornhofen.

Mi discrepancia es con la parte motiva del fallo, y consiste en lo siguiente:

Se dice en la sentencia que, conforme a la última parte del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que consagra la acción indemnizatoria por "hechos u operaciones de la administración", la víctima deberá "demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes", y deduce de esta última parte de la norma que la víctima tiene dos opciones: la primera, acudir directamente al ministerio o entidad oficial en cuyas dependencias se originó el daño, dentro de los tres años siguientes a su ocurrencia, caso en el cual se interrumpe el término de caducidad de tres años establecido en el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964, y la segunda, acudir a los tribunales jurisdiccionales dentro del mismo lapso, sino lo hizo ante la administración.

Con el mayor respeto manifiesto mi completo desacuerdo con esta tesis, por las razones que en seguida expongo: Bien es cierto que la última parte del artículo 68 dice que se puede demandar directamente de la administración las indemnizaciones correspondientes, y es evidente que la víctima puede hacerlo, advirtiéndose que en este evento la administración es a la vez juez y parte, pues tiene que reconocer la responsabilidad de ella misma por sus propios hechos. Pero bien, el hecho de reclamar a la administración ni quita ni pone, porque la petición no interrumpe el término de caducidad de tres años consagrado por el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964 que no puede ampliarse ni restringirse jurisprudencialmente. Lo importante es que si la víctima no acude a los tribunales dentro de los tres años conforme a esta norma, así haya hecho previa petición a la administración y no se la hayan resuelto, su acción caduca, y que lo que se debe demandar, como lo ha dicho siempre esta corporación, es el daño u operación administrativa, y nunca el oficio, comunicación o resolución de la administración que, como en el caso de autos, niega el pago "porque carece de facultad legal para disponer el pago de dicha indemnización en atención a no existir en el presupuesto asignado al Ministerio de Defensa Nacional partida alguna destinada a tal fin como tampoco sentencia judicial condenatoria para la administración", por consiguiente, la

caducidad en este caso debe contarse a partir de la fecha de la colisión de las dos embarcaciones, y no desde la fecha de esta comunicación del ministerio de Defensa.

La legislación colombiana tiene marcadas diferencias con las legislaciones española y francesa y con algunas instituciones jurídicas de esos países. Por eso no siempre sirve la doctrina de los autores españoles y franceses como apoyo a jurisprudencias que pueden resultar no muy ortodoxas aquí.

Bogotá, marzo trece (13) de mil novecientos setenta y seis (1976).

*Alfonso Castilla Sáiz.*

## **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL**

**SINIESTROS MARITIMOS.— Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de las controversias sobre siniestros marítimos, determinación de la responsabilidad y condena a la respectiva indemnización.**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., junio ocho de mil novecientos setenta y seis.**

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**).

**Ref.: Expediente número 1590. Actor: Compañía de Vapores "Norden S. A."**

La compañía de vapores "Norden S. A.", Sociedad Anónima extranjera, con domicilio en "Copenhague, Dinamarca, por medio de apoderado, demandó a la Empresa Puertos de Colombia, a efecto de que se le declare responsable de los daños causados a la motonave "Nordfarer" de bandera y matrícula danesa, durante la operación de atraque al muelle de la bodega número 1 del terminal marítimo de Buenaventura, el día 23 de octubre de 1971, cuando era conducida por un práctico al servicio de la empresa demandada y, para que, consecuentemente, se le condene al pago de la indemnización en cuantía de doscientos veinte mil quinientos cincuenta y cinco pesos con veinticinco centavos (\$ 220.555.25).

Como hechos, expresó los siguientes:

Que entre las 4 y las 5 horas de la madrugada del 23 de octubre de 1971, en cumplimiento de la orden e instrucciones impartidas por la jefatura del muelle, el práctico señor Aquileo Paredes, inició las operaciones tendientes a atracar la motonave "Nordfarer" en el muelle de la bodega número 1 del terminal marítimo de Buenaventura; que como consecuencia de obstáculos que se encontraban en el área de la maniobra y por operaciones equivocadas del práctico, se dió lugar a la colisión de la nave con el muelle; que el capitán de la nave presentó ante la Capitanía del Puerto de Buenaventura, la protesta legal, por cuanto la nave sufrió daños en su casco, a la altura de proa y, también, el muelle resultó averiado por causa de la colisión; que adelantada la investigación de rigor, la Capitanía dictó fallo de primer grado, responsabilizando de los daños solidariamente, al práctico y a la Empresa Puertos de Colombia; consultada la decisión anterior, fue confirmada por la



Dirección Marítima y Portuaria el 7 de mayo de 1973; que no obstante lo anterior, el terminal marítimo de Buenaventura envió, a los agentes de la nave, cuenta de cobro por valor de doscientos cincuenta mil quinientos treinta y seis pesos con cuarenta y tres centavos (\$ 250.536.43) por concepto de los daños sufridos por el muelle, y para evitar perjuicios, los armadores, constituyeron garantía bancaria por el valor reclamado por el terminal, hasta la decisión, por el Consejo de Estado, del presente negocio.

Citó como disposiciones violadas, los artículos 16, 20, 51 y 52 de la Constitución Nacional; 1429, 1430, 1431, 1532 y 1535 del Código de Comercio; Decreto-ley 2349 de 1971, artículo 3º, numeral 18, artículo 4º, numeral 8º, artículo 9º, numeral 9º y 20 y artículos 27 a 74, inclusive.

### El concepto Fiscal

El señor Fiscal Segundo de la corporación, conceptúa así:

“No puede aceptarse, como lo pretende el apoderado de la sociedad actora, que el fallo de la Dirección General Marítima y Portuaria comprometa la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia, ni que tenga respecto de ella el carácter de un acto jurisdiccional. En verdad la Capitanía del Puerto y la Dirección General Marítima y Portuaria desempeñan funciones jurisdiccionales en relación con asuntos de avería causados por naves o embarcaciones de cualquier clase a otras embarcaciones en aguas de su jurisdicción, siempre que el problema se suscite entre particulares, y es en relación a éstos que presta mérito ejecutivo la estimación de los daños que hagan las mencionadas autoridades. Deben entenderse de esta manera las disposiciones contenidas en el Código de Aduanas (Ley 79 de 1931, artículo 426) y el Decreto 3183 de 1962, artículo 7º porque la responsabilidad del Estado y de los entes de derecho público puede ser declarada por el órgano jurisdiccional pero no por una autoridad de policía.

“Sin embargo, el fallo de la Capitanía de Puerto y el de la Dirección Marítima y Portuaria tienen el más autorizado valor como prueba, que en el caso que nos ocupa, establece claramente la culpa del práctico que conducía la nave averiada en la operación de atraque (cuaderno principal 4 y ss.). De otro lado, debe tenerse en cuenta el experticio rendido por los capitanes Sigifredo Ramírez y Gustavo Jiménez, que obran en el expediente, según el cual el muelle asignado para el atraque de la motonave Nordfarer no ofrecía la seguridad necesaria, tanto por su escasa extensión, como por su poca profundidad, así como por el obstáculo que representaba la presencia de una draga y sus tuberías en zonas aledañas. Tanto la culpa del práctico como la falta de seguridad del muelle implican en el caso que nos ocupa la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia, toda vez que el práctico es funcionario de la empresa y cuando ocasionó el daño cuyo resarcimiento se demanda estaba cumpliendo funciones propias de su cargo.

“Obviamente la prestación de sus servicios en condiciones de inseguridad, cuando por éstas ocurren accidentes, señala la existencia de una falla del servicio público de Puertos de Colombia y obliga a la reparación por su parte.

“Hasta aquí este despacho entiende probada la existencia de responsabilidad para Puertos de Colombia frente al armador de la motonave “Nordfarer”. Pero asalta a la Fiscalía una duda sobre la identidad del armador, que dice serlo la empresa demandante, pero cuya condición de tal con respecto de la Nordfarer no aparece acreditada en autos. A folios 98 y siguientes del cuaderno principal del expediente varios documentos señalan como armador de la motonave Nordfarer a la compañía “Nipon Yusan-Kaisha; así en el informe de la agencia naviera “Navemar” dirigido el 20 de octubre de 1971 al comando del resguardo en Buenaventura, advirtiendo sobre el arribo de la Nordfarer (fl. 98). Por esta razón la Fiscalía conceptúa que de no allegarse al proceso una prueba idónea sobre la calidad de armadora de la nave que dice tener la sociedad demandante, se impone un fallo desfavorable a sus pretensiones por no haber acreditado el interés jurídico para obrar, y por ende, el perjuicio sufrido. Prueba idónea sería un certificado expedido por la autoridad del Puerto de Copenhague (Dinamarca) donde se encuentra matriculado el buque averiado.

“Para el caso de que se subsane la deficiencia probatoria anotada, la Fiscalía se atiene a las consideraciones anteriormente expuestas que, en su concepto, dan suficiente razón de la responsabilidad que cabe a la Empresa Puertos de Colombia por los daños que sufrió la motonave durante la maniobra de atraque en Buenaventura”.

#### **La competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.**

En un caso similar, dijo esta corporación:

“Desempeñan los capitanes de puerto, funciones jurisdiccionales? Son simplemente empleados del orden administrativo? La primera de las preguntas se despeja afirmativamente en presencia de varias disposiciones legales, a saber: El Código de Aduanas (Ley 79 de 1931) que en su artículo 426 previene que estos funcionarios disponen de los recursos y apremios, multas, etc., contra las personas que obstruyan las bahías de su jurisdicción, pudiendo hacer uso de tales apremios contra los dueños y consignatarios de las embarcaciones que se vayan a pique, se varen o causen estorbo a los demás buques, etc., y que el capitán de cada puerto, conocerá y fallará breve y sumariamente de los asuntos de avería causados por naves o embarcaciones de cualquier clase a otras embarcaciones en las aguas de su jurisdicción, agregando que la estimación que haga de los daños causados y de las costas sufridas prestará mérito ejecutivo ante los jueces competentes por razón de la jurisdicción y la cuantía. Sus decisiones serán apelables ante el Tribunal Distrital de Aduanas (hoy Dirección de Marina Mercante Colombiana), el cual las fallará también breve y sumariamente.

“Por su parte el Decreto 3183 de 1952 dispone en su artículo 7º que los Capitanes de Puerto tienen como función la de hacer cumplir las leyes, decretos y reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la Marina Mercante Colombiana, dentro de su jurisdicción e investigar, aun de oficio, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos de la Marina Mercante Colombiana, expediendo el fallo de primér grado.

“Fluye con toda claridad del texto de estas normas, que los aludidos funcionarios obran en casos como este en su condición jurisdiccional y no meramente administrativa. No otra cosa puede desprenderse de los términos empleados por ellas como son: que conocerá y fallará breve y sumariamente; que la estimación que se haga de los daños causados y de las costas sufridas “prestarán mérito ejecutivo”, que sus decisiones serán apelables ante el superior que las “fallará también breve y sumariamente”; todo lo cual da a entender que sus providencias no se dictan por la vía gubernativa y por ende no tienen ni los recursos ni la acción “contenciosa”.

“Estos empleados hacen aquí el papel de jueces, investigadores e instructores; y juez, según definición de Escriche, es el que está revestido de potestad de administrar justicia a los particulares. La palabra juez es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia.

“Es verdad, como lo anota la vista fiscal, que las providencias acusadas están revestidas de las formas propias de una sentencia; y aunque, pese a las formas que revistan es su contenido y sus fines lo que indica la calidad del acto y la condición del autor, sin embargo, aquí la norma citada anteriormente referente al superior, dice que éste “fallará también”, es decir, que el de primera instancia se ha considerado igualmente como un fallo. El vocablo, según el Diccionario de la Real Academia significa sentencia definitiva de un juez y en ella, especialmente, el pronunciamiento decisivo e imperativo. Y según Escriche, la sentencia definitiva de un juez en algún pleito o causa. Por manera que si el capitán del puerto tiene en el caso de autos calidad de juez de policía, la decisión que profirió en este juicio es policiva o jurisdiccional, extraña a la competencia del Consejo.

“Aún más, reza la norma contenida en el literal d) del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo que el Consejo conoce de los asuntos relativos a navegación marítima o fluvial en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo en cuanto no sean de otra competencia. Y ciertamente, en el caso sub judice, no se ventilan tales cuestiones. El hecho que originó la intervención de la Capitanía de Puerto, al abordaje y consiguiente naufragio de una de las naves, ocurrió entre particulares; los daños y los perjuicios fueron sufridos por uno de estos particulares o por ambos; el culpable del siniestro será aquel a quien se le demuestre haberlo producido por descuido, infracción o desconocimiento de las normas pertinentes sobre la materia. Y la intervención de la autoridad portuaria, producida por demanda de parte o de oficio si así se lo permite la ley, se encamina a levantar la investigación correspondiente para deducir la responsabilidad de quien la tenga y luego de deducida, condenar a la parte responsable al pago de los daños, las costas, etc. Esto indica a las claras que la clase de providencia cuya nulidad se demanda, es de aquellas que no puede ser conocida ni fallada por la jurisdicción contencioso administrativa. Para reforzar esta conclusión, es pertinente aludir a la transcripción que hace el señor Fiscal de apartes del “Tratado de derecho procesal civil”, doctor Hernando Devis Echandia a la cual la Sala se remite (fl. 72

y ss. del C. P.) y además, tener presentes los artículos 1º, 2º y 3º del Reglamento General de Aduanas número 93 artículo 426 en donde se habla que el Capitán de Puerto pronunciará su fallo por medio de una resolución, copia de la cual, debidamente autenticada, entregará a los dueños o consignatarios de la embarcación y al mérito ejecutivo que ésta presta" (sentencia, septiembre 22 de 1970, expediente 1206, Sección Primera, Anales, T. LXXIX, Nos. 427-428, Pág. 193).

Con posterioridad a las normas analizadas en la providencia transcrita, han sido expedidas, las siguientes:

### **I. El Código de Comercio.**

Comenzó a regir el 1º de enero de 1972 (artículo 2038 del mismo estatuto) y otras normas, de este tenor:

#### **a) Definición de actividades marítimas.**

Artículo 1429. "Se consideran actividades marítimas todas aquellas que se efectúen en el mar territorial, zonas adyacentes, suelo y subsuelo pertenecientes a la plataforma continental, y en las costas y puertos de la república, relacionadas con la navegación de altura, de cabotaje, de pesca y científica, con buques nacionales y extranjeros, o con la investigación y extracción de los recursos del mar y de la plataforma".

#### **b) Determinación de la autoridad marítima.**

Artículo 1430. "La autoridad marítima nacional está constituida por la Dirección de Marina Mercante y sus diferentes dependencias, la cual ejercerá sus funciones y atribuciones en los puertos y mar territorial en lo relativo a la vigilancia, control y cumplimiento de las normas relacionadas con las actividades marítimas".

La autoridad marítima en cada uno de los puertos colombianos se ejercerá por el respectivo capitán de puerto o quien haga sus veces. Los demás funcionarios públicos que ejerzan funciones diferentes en los puertos marítimos y fluviales, deberán colaborar con la autoridad marítima y en caso de colisión decidirá el capitán de puerto.

#### **c) Definición de riesgos y daños en la navegación marítima.**

Artículos 1513. "Para los efectos de este libro se considera accidente o siniestro marítimo el definido como tal por la ley, los tratados, convenios o la costumbre internacional o nacional".

#### **d) Regulación del abordaje.**

Artículo 1531. "En caso de abordaje ocurrido por fuerza mayor o por causa que no sea posible determinar en forma inequívoca, soportarán los daños quienes los hayan sufrido".

#### **e) Responsabilidad del práctico.**

Artículo 1535. "La culpa del práctico no modificará el régimen de responsabilidad por abordaje previsto en las disposiciones que anteceden; pero el capitán o el armador tendrán derecho a ser indemnizados por el práctico o la empresa a que pertenezcan".

## II. Decreto-ley 2349 de 1971.

Este decreto-ley, expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 7ª de 1970, comenzó su vigencia, el 1º de enero de 1972, y, entre otras normas, trae la creación de la Dirección General Marítima y Portuaria, en reemplazo de la Dirección de Marina Mercante Colombiana, cuyos objetivos, los mismos adscritos al órgano sustituido son: La Dirección de la Marina Mercante, la investigación marítima y la regulación y control del transporte marítimo internacional y de cabotaje, así como también de los puertos del país. Y sobre aspectos vinculados con el caso **sub judice**, trae las siguientes disposiciones:

### a) Definición de accidentes y siniestros:

Artículo 36. "Se considera accidente o siniestro marítimo, el definido como tal por los tratados, convenios y la costumbre internacional o nacional".

### b) Cómo se investigan y fallan.

Artículo 37. "Las investigaciones por accidente o siniestros marítimos de naves y artefactos navales se adelantarán y fallarán de acuerdo con las disposiciones del presente decreto".

### c) Quiénes las fallan.

Artículo 39. "Serán autoridades para el cumplimiento de las normas que se dictan en este decreto, el Capitán de Puerto de Primer Grado y el Director General Marítimo y Portuario en segundo Grado".

### d) El procedimiento.

"El procedimiento, de dos instancias, está prescrito y detalladamente regulado en los artículos 44 a 74 de dicho estatuto, refiriendo la práctica de las pruebas al trámite del Código de Procedimiento Civil (Art. 43), previendo expresamente como objeto de la investigación, el avalúo de los daños (artículo 49) exigiendo que el fallo se dicte de acuerdo con el título XIV del Código de Procedimiento Civil, que dice cuáles son las providencias judiciales y cómo se dictan, cuál su forma, etc.; previendo la naturaleza del fallo y su expedición inmediata, en caso de allanamiento; cuando dice: "en caso de que uno de los capitanes de las naves en siniestro se **declare culpable o responsable de él**" (Art. 53, parágrafo) con lo que no queda duda de que la determinación de la responsabilidad y la indemnización por el siniestro es objetivo fundamental de la investigación y fallo; y los fallos se notifican conforme al Código de Procedimiento Civil (Art. 55); todo "fallo de primer grado" debe ser consultado con el Director General Marítimo y Portuario, sino fuere apelado (Art. 60) y el único recurso que existe contra "la sentencia" es de apelación (Art. 63); las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, podrán aclararse, corregirse o adicionarse, "en los casos y términos que establece el título XIV, capítulo III, del Código de Procedimiento Civil" (Art. 64); las expensas y costas que resultan del proceso, se regirán por lo dispuesto en los títulos XIX y XX del Código de Procedimiento Civil (Art. 70).

Se trata, pues, de funciones estrictamente jurisdiccionales, de verdaderas sentencias judiciales, por su forma y por su contenido y por ser providencias de fondo que ponen fin a un verdadero proceso, cuyo procedimiento y recursos aparecen detalladamente previstas y con vocación para hacer tránsito a cosa juzgada y, obviamente, den efectos ejecutivos, como que reúnen los requisitos de los títulos que apoyan el cobro forzado y, además, como viene expresado desde la Ley 79 de 1931 en su artículo 426, que reza en su segundo inciso: "El capitán del resguardo de cada puerto habilitado **conocerá y fallará breve y sumariamente los asuntos de avería causados por naves o embarcaciones de cualquier clase a otras embarcaciones en las aguas de su jurisdicción. La estimación que haga de los daños causados y de las costas sufridas prestará mérito ejecutivo ante los jueces competentes por razón de la jurisdicción y la cuantía.** Sus decisiones serán apelables ante el Tribunal Distrital de Aduana, el que las fallará también breve y sumariamente".

Mas, podría argüirse que lo hasta aquí expuesto, vale para las controversias entre particulares pero resulta ineficaz cuando una de las partes es un establecimiento público como la Empresa Puertos de Colombia que tuvo tal naturaleza hasta la expedición del Decreto-ley 561 de 1975 (marzo 25).

Sin embargo, la Sala considera suficientes, las siguientes brevísimas razones, para sostener que tales controversias sobre siniestros marítimos, determinación de la responsabilidad y condena a la respectiva indemnización de los daños, se escapa a su competencia:

a) Desde la Ley 79 de 1931 hasta el Decreto-ley 2349 y el nuevo Código de Comercio, las actividades marítimas han estado sometidas, por su especialísima naturaleza y la apremiante necesidad de un fallo rápido, mediante procedimientos breves y sumarios, a la "**autoridad marítima**", Capitán de Puerto, algunas veces llamado "Capitán del Resguardo", como juez de primer grado, y al "Tribunal Distrital de Aduanas", luego "Dirección de Marina Mercante Colombiana" y hoy "Dirección General Marítima y Portuaria", como juez de segunda instancia;

b) Disponía el ordinal 2º del artículo 36 del antiguo Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931) al determinar la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia:

"2º "De las causas o juicios relativos a la navegación marítima o fluvial **en que no se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio**".

Y, concordante con tal disposición, manda, el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo en su ordinal 3º, al regular la competencia privativa y en única instancia, del Consejo de Estado: "De los asuntos relativos a la navegación marítima o fluvial de los ríos navegables, **en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sea de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia**" (Art. 36, numeral 2º, del Código Judicial).

Por lo que, el Consejo de Estado conocía de los asuntos relativos a la navegación marítima "**en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo**" y no sean de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, y esta corporación conocía de las mismas contro-

versias, en cuanto no fuera de mero derecho administrativo **“ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio”** y es sabido que los accidentes y siniestros en la navegación marítima han estado reglados por el Código de Comercio, antes por el Código de Comercio Marítimo (Ley 57 de 1887) y hoy por el Código de Comercio, que abarca tanto el comercio terrestre como el marítimo y fluvial, por lo que se impone la conclusión de que materias como la que constituye el asunto en estudio, nunca han sido de competencia ni de la Corte Suprema de Justicia, ni del Consejo de Estado, sino como se dejó visto, de una jurisdicción especial a cargo de la “autoridad marítima”.

c) La competencia del Consejo de Estado, fue adicionada por el Decreto-ley 528 de 1964, artículo 30 literal b) al atribuirle el conocimiento, en única instancia, de: “De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados al orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos”.

Y, efectivamente, la Empresa Puertos de Colombia fue organizada como un establecimiento público por la Ley 154 de 1959, por lo que, en principio, podría pensarse que su responsabilidad sólo puede deducirse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Mas, esta norma es general y no puede entenderse que deroga las leyes anteriores, de naturaleza especialísima y excepcional, sobre competencia en los casos de accidentes y siniestros marítimos, para determinar la responsabilidad e imponer la condena indemnizatoria.

d) Pero, aún en el supuesto de una conclusión contraria, a partir de la vigencia del nuevo Código de Comercio (Art. 1429 a 1431) y Decreto-ley 2349 de 1971, ya examinados, no queda duda de que dicha competencia está atribuida a la “autoridad marítima” y no a la jurisdicción contencioso administrativa;

e) Por último, porque dada la especial naturaleza de los accidentes y siniestros marítimos y la variedad de sujetos de derecho que intervienen o pueden intervenir en tales hechos, la diversidad de competencias o de fueros, dividiría la contigencia de la causa y demeritaría, hasta hacerla nugatoria, la autoridad de la cosa juzgada, ante la posibilidad de fallos contradictorios sobre un mismo siniestro o accidente.

Se impone, entonces, como conclusión final, que los fallos expedidos por el Capitán de Puerto de Buenaventura y por la Dirección de Marina Mercante Colombiana, este último, confirmatorio de aquél, tienen fuerza de cosa juzgada, prestan mérito ejecutivo ante los jueces competentes y, agota por consumación, legalmente, la jurisdicción del Estado, haciendo imposible una nueva controversia entre las mismas partes y por la misma causa.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en su Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **se declara inhibido** para conocer del presente negocio, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día jueves tres de junio de mil novecientos setenta y seis.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

*Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Castilla Sáiz, Carlos Portocarrero Mutis.*

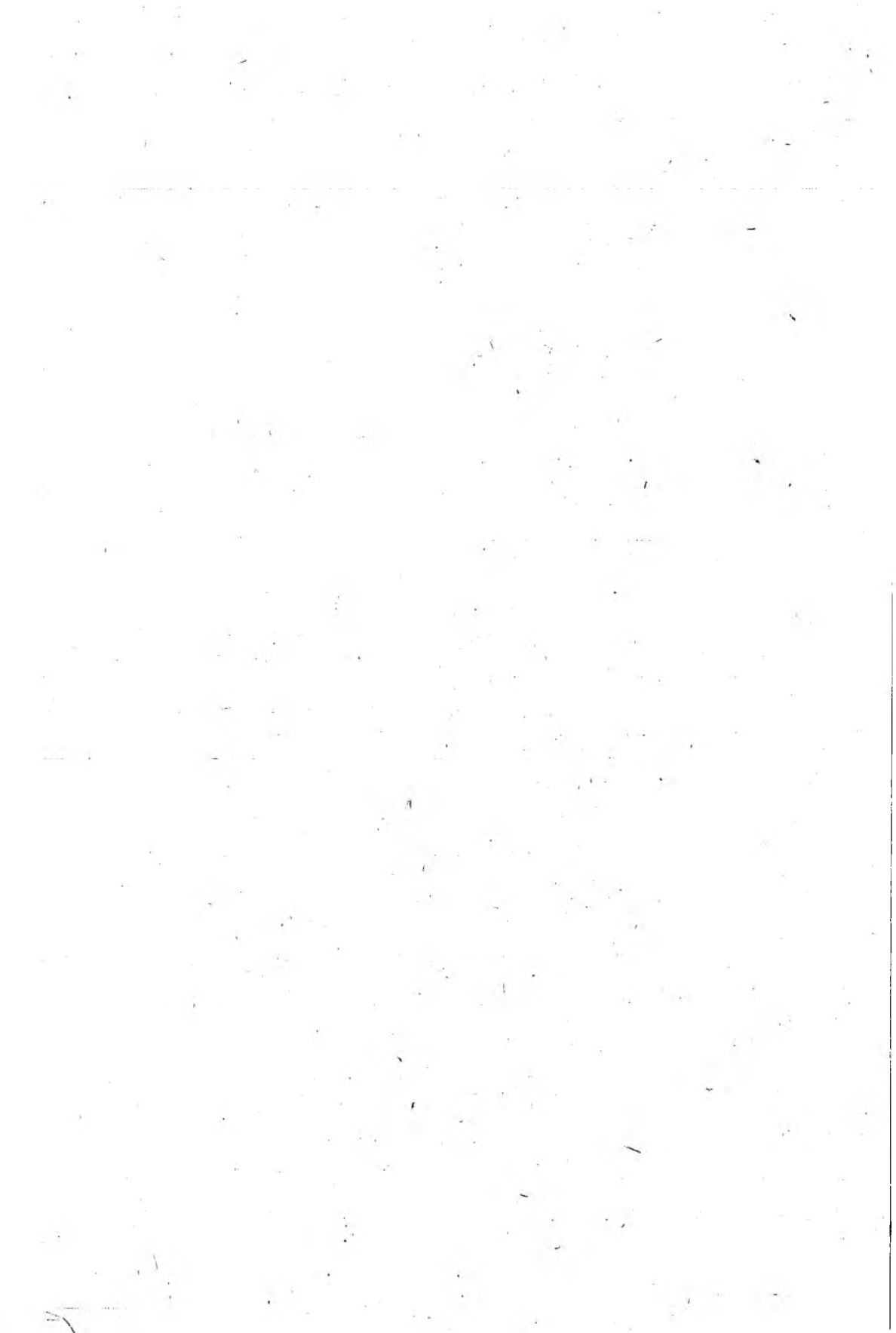
*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*





**TITULO IV**

**JUICIOS ELECTORALES**



## JUICIOS ELECTORALES

**DEMANDA.**— Disposiciones violadas y concepto de la violación (artículos 84 y 210 del C. C. A.). Finalidad de este requisito. Facultad del juzgador de interpretarla.

**Consejo de Estado.**— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá D. E., veintiséis de abril de mil novecientos setenta y seis.

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

(Sesión del día 22 de abril de mil novecientos setenta y seis).

Ref.: Expediente número 229. Actor: Gilberto Lozano Grisales.

Se deciden los recursos de apelación, interpuestos por las partes demandantes y opositora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle el 23 de septiembre de 1975, que no accedió a declarar la nulidad de la Resolución número 001 de 1975, y por la cual designó como Gerente al doctor Octavio Arias Miranda y declaró la de la Resolución número 002 del 8 de enero del mismo año, por medio de la cual la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá nombró al doctor Marcelino Ayala González como Subgerente de esa misma entidad, para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1975.

La parte opositora sostiene, fundamentalmente, que la ley prescribe que “los concejales electos no pueden ser empleados municipales, de los que les corresponde “elegir o designar a los concejos municipales, vr. gr. en los cargos de personero, tesorero, contralor municipales”, pero no desempeñar otros cargos “tales como los que le corresponde nombrar al Alcalde Municipal o a la Junta Directiva de las Empresas Municipales”, que son entidades diferentes de aquéllas. Al efecto arguye que esto sucede con el Gerente y el Subgerente de las Empresas Públicas Municipales de Tuluá, elegidos miembros principales del Concejo Municipal para el período comprendido entre 1974 y 1976.

### El concepto del señor Fiscal

El señor Fiscal 1º del Consejo de Estado conceptúa que, si se analiza la legalidad de la Resolución número 002 de 1975, expedida por la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá, en relación con

las disposiciones invocadas, los artículos 171, numeral 10, y 307 del Código de Régimen Político y Municipal, el cargo no puede prosperar, porque mientras el primero prohíbe a los concejos "nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo" y el segundo hace incompatible el cargo de concejal con los "empleos remunerados en que la provisión del puesto incumbe al mismo Concejo", en el caso sub iudice se infirma el nombramiento de Subgerente de las mencionadas Empresas a causa de que es concejal: de donde deduce que la acción versa sobre un hecho diferente del contemplado por las normas que se consideren infringidas. Pero también opina que, si oficiosamente se tienen en cuenta los artículos 4º de la Ley 28 de 1922, 2º y 3º de la Ley 5ª de 1929, que hacen extensiva la indicada inhabilidad a "los nombramientos que hagan funcionarios públicos nombrados por los concejos o con una autorización de éstos", durante todo el período legal, es claro que "las personas cuyos nombramientos se demandan" están comprendidas en tal prohibición y, por lo mismo, sería preciso confirmar la sentencia del Tribunal.

### Las consideraciones de la Sala

Surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a resolver el recurso de apelación mediante las siguientes consideraciones:

#### 1ª La sentencia del Tribunal.

El Tribunal Administrativo del Valle, por sentencia del 23 de septiembre de 1975, declaró la nulidad de la Resolución N° 002 de 1975 porque la consideró violatoria de los artículos 171 numeral 10, 4º de la Ley 28 de 1922, 2º, 3º y 4º de la Ley 5ª de 1929, en cuanto "el nombrado no solamente actuó como concejal, pues se posesionó y entró a ejercer dicho cargo, sino que intervino como tal en la elección que hizo el Concejo de sus representantes en la Junta Directiva de las Empresas Municipales, representantes que a su vez intervinieron como miembros de dicha Junta en el nombramiento del doctor Marcelino Ayala González". Mas no declaró la nulidad de la Resolución N° 001 de 1975, también emanada de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Tuluá, y acusada de nulidad por los mismos motivos, "porque —expresó— a pesar de haber sido elegido en elecciones populares concejal, no alcanzó a recibir la investidura de tal cargo, por haberse excusado de ejercerlo sin haberse posesionado".

#### 2ª Los hechos probados.

La Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá, por el artículo único de la Resolución N° 001 de 1975, designó al doctor Octavio Arias Miranda como Gerente y, por el artículo único de la Resolución N° 002 del 8 de enero de 1975, nombró como Subgerente al doctor Marcelino Ayala González para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1975, con las respectivas remuneraciones de \$ 10.700.00 y \$ 9.638.00 mensuales. El doctor Octavio Arias Miranda, aunque fue elegido miembro principal del Concejo de Tuluá, se excusó indefinidamente de servir el cargo y no tomó posesión del mismo (fls. 10 y 11). El doctor Ayala González, elegido miembro principal del Concejo de Tuluá, tomó posesión del cargo y participó en las sesio-

nes de la misma corporación efectuadas el 1º de noviembre y el 3 de diciembre de 1974 (fls. 6, 12 a 16, 35 a 39, 40 a 48); en la última de éstas el Concejo designó por unanimidad la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá (fl. 41).

### **3ª Los fundamentos de la acción.**

La parte demandante sostiene que las Resoluciones Nos. 001 y 002 del 8 de enero de 1975 son violatorias de los artículos 171, numeral 10, y 307 del Código de Régimen Político y Municipal que prohíben a los concejos designar a sus miembros para desempeñar cargos remunerados y, según se deduce del contexto de la demanda, de los artículos 4º de la Ley 28 de 1922, 2º, 3º y 4º de la Ley 5ª de 1929, que extienden la indicada prohibición "a los nombramientos que hagan funcionarios públicos nombrados por los concejos o con una autorización de éstos" durante el período legal.

El señor Fiscal 1º expresa que no se deben examinar como fundamentos de la acción las normas últimamente mencionadas, porque no fueron expresamente invocadas en la demanda.

### **La Sala considera**

Los artículos 84 y 210 del Código Contencioso Administrativo señalan los requisitos que debe contener la demanda, entre ellos, "la expresión de las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de violación". Estos preceptos tienen por finalidad circunscribir el examen de los cargos a las disposiciones invocadas y a los conceptos de violación, habida consideración de la necesidad de facilitar el juzgamiento, sin obligar al juez, como sí sucede en los casos en que la Corte, de conformidad con los artículos 121, 122 y 214 de la Carta, ejerce el control de constitucionalidad (Arts. 2º de la Ley 96 de 1936 y 29 del Decreto Nº 432 de 1969), a proferir su decisión mediante la verificación del acto acusado con todas y cada una de las normas pertinentes, de jerarquía superior, hayan o no sido invocadas como infringidas en la demanda. La diferencia de régimen, a este respecto, entre el control de constitucionalidad y las acciones tendientes a la nulidad de los actos administrativos, del conocimiento de esta jurisdicción, se explica porque, mientras aquél implica la confrontación de los textos constitucionales, fácilmente conocibles, éstas suponen el examen frecuente de un conjunto, disperso e inabarcable, de normas comprendidas en toda la gama de la jerarquía normativa. De ahí que el efecto de la sentencia proferida mediante acción de nulidad, como la propuesta, aunque erga omnes, esté limitado por las disposiciones invocadas y los conceptos de violación, y que sea jurídicamente posible promover una nueva acción contra un acto, declarado válido en juicio anterior, si los fundamentos jurídicos son diferentes. Pero esto no obsta para que el juzgador, como la Sala ha afirmado reiteradamente, pueda interpretar la demanda con base en su contexto, teniendo en cuenta, más que sus términos literales, su significación intrínseca.

En el caso sub judice, el actor pidió que se declare la nulidad de los actos por los cuales la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Tuluá designó Gerente y Subgerente porque consideró que el artículo 171, ordinal 10, del Código de Régimen Político y Municipal, le prohi-

be nombrar a los concejales, que participaron en su elección, en los cargos cuya provisión le corresponda. Este precepto, que originalmente sólo se refería a los Concejos Municipales, se hizo extensivo, por el artículo 4º de la Ley 28 de 1922, para todo el período legal (Art. 2º de la Ley 5ª de 1929), a "los nombramientos que hagan funcionarios públicos nombrados por los Concejos o con una autorización de éstos". Es decir, que el artículo 4º de la Ley 28 de 1922, complementado por el artículo 2º de la Ley 5ª de 1929, adicionó el artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal y por lo mismo, aquél es parte integrante de éste. Además, el concepto de violación se atiene a esta interpretación, en cuanto afirma que los actos cuestionados son nulos porque la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá infringió la mencionada prohibición.

#### 4ª El examen del cargo.

Como afirma el Tribunal, el doctor Marcelino Ayala González, nombrado Subgerente de las Empresas Municipales de Tuluá, no obstante que era concejal principal en ejercicio y que como tal participó en la elección de la Junta Directiva que le hizo la designación, de conformidad con el artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, 4º de la Ley 28 de 1922 y 2º de la Ley 5ª de 1929, se encontraba inhabilitado para ser designado en el mencionado cargo durante todo el período legal para que fue elegido concejal. En consecuencia, es fundada la decisión del Tribunal en cuanto declaró la nulidad de la Resolución N° 002 de 1975, expedida por la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá.

El doctor Octavio Arias Miranda, nombrado Gerente de las Empresas Municipales de Tuluá, también elegido concejal principal del mencionado municipio, aunque no tomó posesión de este cargo, no presentó renuncia ni se excusó definitivamente de desempeñarlo, sino que se excusó "indefinidamente" de servirlo, sin perder, por lo mismo, su carácter de concejal, no obstante que para que no exista la inhabilidad prescrita por las mencionadas disposiciones es indispensable la desinvestidura definitiva del mismo, por cualquiera de las causas indicadas y, además, que no se haya tomado posesión ni menos ejercido el dicho cargo. Por consiguiente, el doctor Octavio Arias Miranda también se encontraba comprendido en la causal de inhabilidad prescrita por los artículos 171, ordinal 10, del Código de Régimen Político y Municipal, 4º de la Ley 28 de 1922 y 2º de la Ley 5ª de 1929 y, por ende, la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá, al designarlo Gerente de las mismas, violó las mencionadas disposiciones. De manera que también se debe declarar la nulidad de la Resolución N° 001 de 1975.

En conclusión, es preciso reformar la sentencia del Tribunal, en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución N° 001 de 1975 de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá y de confirmarla en lo demás.

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, **reforma** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución N° 001 de 1975, por la cual la Junta Directiva

de las Empresas Municipales de Tuluá nombró como Gerente al doctor Octavio Arias Miranda, y de confirmarla en lo demás.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Alfonso Arango Henao, presidente; Oswaldo Abello Noguera, Nemesio Camacho R., Alfonso Castilla Sáez, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Lleras Pizarro, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Portocarrero Mutis, Alvaro Pérez Vives, Gustavo Salazar Tapiero, Rafael Tafur Herrán, Ricardo Uribe Holguín, Jorge Valencia Arango.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*



## JUICIOS ELECTORALES

**APELACION.**— Del auto admisorio de la demanda en los procesos electorales. Interpretación del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo. Analogía legis y analogía juris. Inaplicabilidad del artículo 359 del Código de Procedimiento Civil. Trámite y decisión.

**Consejo de Estado.**— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., mayo cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango).

Ref.: Expediente N° 239. Actor: Helí Galarza Jiménez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto de veintiséis (26) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976) dictado por el Tribunal Administrativo de Caldas, por el cual se denegó la admisión de la demanda presentada por el doctor Helí Galarza Jiménez, en su propio nombre, tendiente a obtener la declaración de que son nulos los nombramientos de los señores Darío Salazar y Carmenza Murillo, como Personero y Tesorero, respectivamente, del municipio de Samaná, Caldas, por considerar el Tribunal que se había consumado la caducidad de la acción.

El Código Contencioso Administrativo no trae normas sobre el procedimiento a que debe ajustarse la apelación del auto inadmisorio de la demanda en los juicios electorales y, en general, de los proferidos en los juicios ordinarios contencioso administrativos.

Para llenar los vacíos procedimentales dispone el mismo Código Contencioso Administrativo en su artículo 282, lo siguiente: “Los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Tal norma importa, según interpretación racional de su contenido, que, frente a un vacío en la regulación procesal de dicho estatuto, no puede recurrirse, necesariamente, a la aplicación analógica de normas para casos similares, previstos en el Código de Procedimiento Civil, lo que implicaría el dominio de la analogía legis, sino que, es preciso, para determinar la norma aplicable, examinar si la escogida es “compatible

con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo", o, lo que es lo mismo, si aquella norma habría sido dictada por el legislador para el caso que se estudia, si la hubiera previsto, que es lo que doctrinariamente se denomina la "analogía juris".

En el caso *sub lite*, se trata de un juicio electoral al cual el legislador ha querido imprimir la máxima rapidez en su proposición —caducidad de 10 días— y, en su decisión, reparto preferencial, traslados en un solo auto, proyecto inmediato y decisión final en términos casi que angustiosos—. Obsérvese, para mayor abundancia, las previsiones del artículo 236 del Código Contencioso Administrativo, para la apelación de la sentencia y se tendrá la confirmación de la celeridad y concentración procesales que la ley ha querido consagrar para estos procesos, y, entonces, la conclusión de que resulta inaplicable, por incompatible, el artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, que regula para los procesos civiles la apelación de autos interlocutorios, con traslados tanto al apelante como "a la parte contraria", que, no puede existir, obviamente, en la alzada contra un auto inadmisorio de demanda.

Determinada la inaplicabilidad del artículo 359 del Código de Procedimiento Civil y sentada, como verdad la de que el juez necesariamente tiene que proveer, sin que le sea lícito alegar el vacío legislativo, con desarrollo del principio de la analogía juris consagrado en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, ha de recurrirse al mandato del artículo 96 del Código Contencioso Administrativo, sobre trámite y decisión del recurso de apelación del auto denegatorio de la suspensión provisional, petición que normalmente va incluida en la demanda y normalmente ha de decretarse en el auto admisorio de la misma y cuya impugnación, en caso de ser denegada, se decide por el honorable Consejo de Estado, de plano, lo que armoniza con la celeridad de los juicios electorales, la naturaleza del auto recurrido y la naturaleza de esta clase de actuaciones en la jurisdicción contencioso administrativa.

Estas son las razones para que la apelación que se estudia, se decida de plano por medio de este proveído.

La demanda original presentada por el doctor Helí Galarza Jiménez, el 22 de enero de 1976, pretendía la declaratoria de nulidad de los nombramientos de Personero y Tesorero, ocurridos el 5 de diciembre de 1975, y, naturalmente, no hay duda alguna de que entre la elección y presentación de la demanda habían transcurrido más de 10 días hábiles.

Posteriormente, el 28 de enero del año en curso, so pretexto de aclarar o corregir la demanda inicial, la sustituye, como que ya la declaración de nulidad la impetra para el nombramiento de las mismas personas y en los mismos cargos, pero como hecho ocurrido el 31 de diciembre de 1975 y, contados los 10 días hábiles entre esta fecha y el 28 de enero siguiente, también queda claro que estaban suficientemente vencidos.

Y el término de caducidad, como lo ha dicho reiteradamente esta corporación, condiciona la competencia de la jurisdicción contencioso

administrativa, en forma clara y precisa, según expresos textos legislativos:

“Cuando se ejercita la simple acción de nulidad o acción pública contra el acto por el cual se hace un nombramiento, es claro que la demanda debe presentarse dentro de los diez (10) días de la expedición de dicho acto (Ley 167 de 1941, artículo 209). Es un término de prescripción que armoniza los derechos de los ciudadanos para vigilar la legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, y la necesidad de que estos actos adquieran dentro de un tiempo razonable la estabilidad y firmeza que exige la buena marcha administrativa”. (Auto de 3 de octubre de 1950. T. LVIII, Nos. 367-371, Pág. 309).

“El texto claro del artículo 209 del Código Contencioso Administrativo dice que cuando se trata de un nombramiento, el término prescriptivo de diez días se cuenta desde el día siguiente al de la fecha de la expedición de aquél. De manera que cuando la ley dice —dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento, y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición del decreto— está diciendo, sin lugar a dudas, que el término se cuenta desde el día siguiente al en que el decreto fue despachado, extendido con las formalidades acostumbradas, es decir, con las firmas del presidente y el ministro. El sentido de la ley es claro y no es lícito desatender su tenor literal (C. C. Art. 27) según el uso natural y obvio de la palabra, para consultar su espíritu, ya que no tiene el texto legajo ni ambigüedad ni oscuridad alguna (Art. 28), pues, es necesario anotarlo, señala no solamente la expedición del decreto sino la —fecha de su expedición—, que es en la que se dice firmado, como punto de partida para contar el término de la prescripción en la acción contenciosa electoral contra los nombramientos. La interpretación que un día le diera el Consejo a la palabra expedición, por natural y lógica, podría servir como exposición de motivos a un proyecto modificador del Código Contencioso Administrativo, pero no para restarle fuerza al clarísimo sentido de la disposición. Y como la Sala no obra en función de legislador sino de aplicadora de la ley, no puede separarse del tenor literal para buscarle una interpretación más o menos vaga e imprecisa que no expresa el significado, el sentido natural y obvio. Y como la ley señaló dentro de esas reglas (capítulo XX, de los juicios electorales) que contra los nombramientos que hiciera el Presidente de la República había acción de nulidad por el procedimiento electoral, y que las demandas debían presentarse en un plazo determinado, se concluye sin dificultad que tanto el procedimiento como las normas de prescripción son de forzosa aplicación. La competencia del Consejo cuando obra como tribunal supremo de lo contencioso administrativo está condicionada por la Constitución a las reglas que señala la ley (sentencia de 11 de mayo de 1953. Anales, tomo LIX, Nos. 372-376, Pág. 166).

Por tanto, el auto apelado debe confirmarse en todas sus partes.

En mérito de las breves consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

**Resuelve:**

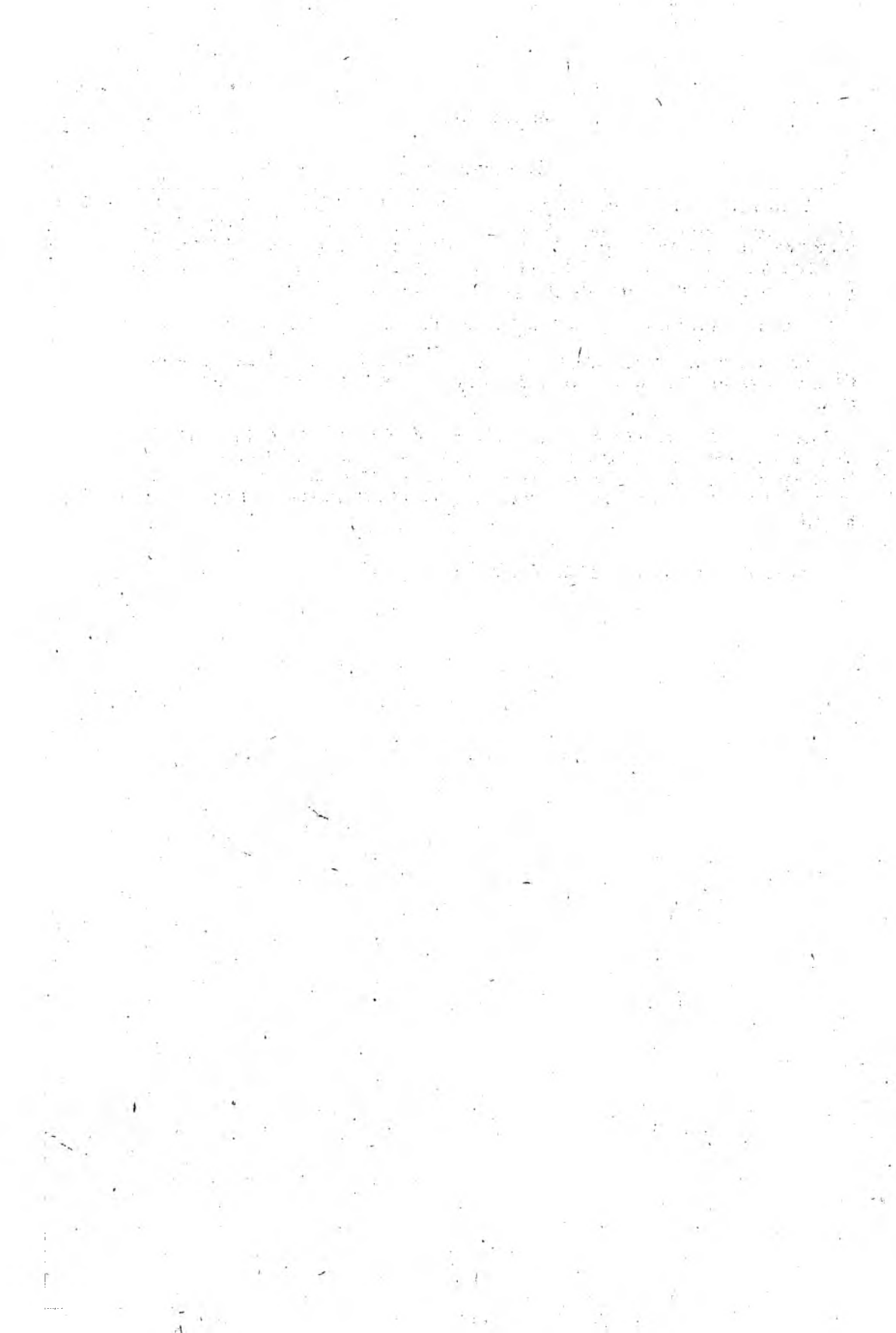
Confírmase en todas sus partes, el auto de febrero veintiséis (26) de mil novecientos setenta y seis (1976), proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, por el cual se negó la admisión de la demanda presentada por el doctor Helí Galarza Jiménez contra la elección de Personero y Tesorero del municipio de Samaná.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día cuatro de mayo de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández, Jorge Valencia Arango, Carlos Galindo Pinilla, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán, Humberto Mora Osejo, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Castilla Sáiz, Gustavo Salazar Tapiero, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro, Ricardo Uribe Holguín.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*



**TITULO V**

**REVISION DE RECONOCIMIENTOS**



## REVISION DE RECONOCIMIENTOS

**MINISTROS.—** Como representantes administrativos y judiciales de la Nación.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.—** Bogotá, D. E., marzo treinta y uno de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Nemesio Camacho R.**).

**Ref.:** Radicación N° 3030. Pensiones y recompensas. Actor: Federación Nacional de Cafeteros.

En ejercicio de la acción de revisión y por medio de apoderado, la Federación Nacional de Cafeteros solicita que, previos los trámites legales, se hagan las siguientes declaraciones:

“a) Que el doctor Alfonso Arboleda Romero no tiene derecho a la pensión de jubilación que le fue decretada en la sentencia cuya revisión solicito;

“b) Que como consecuencia de la anterior determinación el citado doctor Arboleda Romero deberá devolver a la Federación Nacional de Cafeteros, para que ésta le reintegre al Fondo Nacional del Café, la suma de quinientos sesenta y tres mil ochocientos treinta y dos pesos con cincuenta y cuatro centavos (\$ 563.832.54) que, en acatamiento de la sentencia, se le cubrió por el lapso comprendido entre el 4 de octubre de 1970 y el 3 de enero de 1975, en el plazo que señale la sentencia de revisión; y

“c) Que igualmente debe devolver las sumas que se le paguen a razón de \$ 11.055.54 mensuales desde el tres (3) de enero de 1975 en adelante, hasta el día en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta la revisión y en el término que en dicha sentencia se le señale”.

“Señaló como causales de revisión: a) Las indicadas en los artículos 6° y 2° del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo; y b) Las previstas en los artículos 379 y 380, numeral 7° del Código de Procedimiento Civil”.

El juicio se tramitó en legal forma ante el Consejo y la Fiscalía 4ª de la corporación solicita que se acceda a las súplicas de la demanda



que invoca la causal 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, según la cual procede la revisión cuando la norma que sirvió de fundamento al reconocimiento fue mal aplicada o interpretada, lo que, según el Ministerio Público, se encuentra en este juicio porque el Consejo no tenía competencia para conocer de la acción.

La Sala para desvirtuar en principio esta objeción tiene en cuenta que realmente la sentencia cuya revisión se solicita no condena a la Federación Nacional de Cafeteros en sí misma sino como administradora del Fondo Nacional del Café, y ordena que al señor Alfonso Arboleda Romero, se le pague una pensión mensual de jubilación con cargo al mismo Fondo y con derecho a repetir contra las varias entidades oficiales en las que el señor Arboleda Romero prestó sus servicios.

1º Las causales de revisión. La Federación demandante pide que se revise la sentencia proferida el 28 de octubre de 1974, por las siguientes causales: causal 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo porque interpretó y aplicó erradamente el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, ya que no se llamó a juicio a la Nación como representante del Fondo Nacional del Café y porque no tiene personería jurídica; causal 2ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, porque Alfonso Arboleda Romero era empleado de la Federación Nacional de Cafeteros, que es entidad de derecho privado y, por lo mismo no puede sumar el tiempo servido a éste con el trabajado en entidades de derecho público hasta completar veinte años; causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil en armonía con los artículos 370 y 371 ibidem y 282 del Código Contencioso Administrativo, porque la Nación no fue citada al juicio como representante del Fondo Nacional del Café por conducto de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico.

2º Por cuanto hace a las causales 1ª y 3ª de la demanda, ambas se fundan en el mismo argumento: que la Nación no fue llamada al juicio en representación del Fondo Nacional del Café. Pero, como afirma el actor el Fondo Nacional del Café por no ser persona jurídica, hace parte de la Nación y comparece en juicio representado en este caso por el Agente del Ministerio Público, es decir, por la Fiscalía 4ª del Consejo. Los ministros representan administrativamente a la Nación, por delegación de funciones del Presidente, pero no tienen su representación judicial. Claro que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos admiten en los juicios que adelantan, a los representantes de los ministerios, pero esto en aras de una gran amplitud, para dar la posibilidad de ejercer mejor el derecho de defensa, sin perjuicio del carácter indicado del Agente del Ministerio Público, o en casos especiales, como sucede con el Ministerio de Defensa, en base a disposiciones legales: (esto con base en los artículos 120, ordinal 13, 135 y 143 de la Constitución Nacional, 21 del Código Contencioso Administrativo, 19 de la Ley 83 de 1936). Además, es lo fundamental, por una parte la causal 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo no se refiere a un vicio o defecto procesal en que se pudo haber incurrido, sino que se refiere al reconocimiento periódico hecho, mediante la sentencia cuya revisión se pide, con fundamento en una norma "mal aplicada o interpretada", como aspecto de fondo, y, por otra parte en el supuesto de que el defecto procesal invocado pudiere proponerse con base en la causal 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, no

podría invocarlo la Federación Nacional de Cafeteros, sino la Nación, en cuanto sería la entidad perjudicada o preterida mediante tal omisión. En fin, como el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo determina las causales de revisión de los reconocimientos periódicos, no son aplicables al caso los artículos 370, 379 y 380, causal 7ª del Código de Procedimiento Civil, pero en el caso de serlos, la causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, por el motivo indicado, no podría ser invocada sino por la Nación, y aún en esta hipótesis no prosperaría, como tampoco la fundada en la causal 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, porque la Nación compareció al juicio representada por su Fiscal. Es cierto que ésta no fue señalada expresamente como demandada, pero la omisión no constituye un vicio procesal porque el demandado es el acto, y porque del contexto de la demanda y de las peticiones de la misma, así como de las probanzas aducidas al juicio, se deduce claramente que el actor pretendía el reconocimiento de una pensión de jubilación computando, entre otros servicios, los prestados a la Nación como Tesorero del Fondo Nacional del Café. Aparte de que, de existir el vicio, como sucede también con las demás entidades de derecho público que deben concurrir al pago de la pensión, sólo podría ser alegado por las personas perjudicadas, no por la Federación Nacional de Cafeteros, que sí fue llamada al juicio mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda (expediente N° 865, F. 25 V.), y que ni siquiera está obligada al pago de la pensión, porque la sentencia le reconoce el derecho a repetir y a pagar con los dineros del Fondo Nacional del Café la cuota a cargo de éste.

3º Causal 2ª de revisión señalada por la demanda. El cargo consiste en que el demandante no había trabajado veinte años en entidades de derecho público, porque los servicios prestados como Tesorero en la Federación Nacional de Cafeteros son de carácter privado, y, por lo mismo, no se pueden sumar o acumular a aquéllos. Pero la sentencia, con base en varios testimonios contestes y en la prueba pericial, consideró que los servicios prestados por el actor eran de carácter público, porque lo fueron por cuenta del Fondo Nacional del Café, que está formado por recursos pertenecientes a la Nación, cuyo recaudo, entre otras funciones, era de su incumbencia. Por otra parte, si se admite la tesis que sustenta la demanda, en el sentido de que la Federación Nacional de Cafeteros tiene, por contrato, la administración delegada de ese Fondo, la conclusión sería la misma, porque lo haría a nombre y representación de la Nación, la cual sería la entidad obligada para con los trabajadores del mismo. Además, la parte demandada no presentó en el juicio de revisión ninguna prueba tendiente a infirmar las presentadas en el juicio número 865, particularmente las pruebas testimonial y pericial. En fin, este cargo sólo pudo ser propuesto por las personas de derecho público obligadas a pagar la pensión, en cuanto tendría interés procesal, mas no por la Federación Nacional de Cafeteros, que si está obligada a pagar la pensión, tiene el derecho a repetir por igual valor, exceptuada la suma correspondiente al Fondo Nacional del Café, que administra, como afirma la parte demandante, por delegación de la Nación.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con la Fiscalía 4ª,

**Falla:**

Deniéganse las súplicas de la demanda.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sección Segunda, en reunión verificada el día 26 de marzo de 1976.

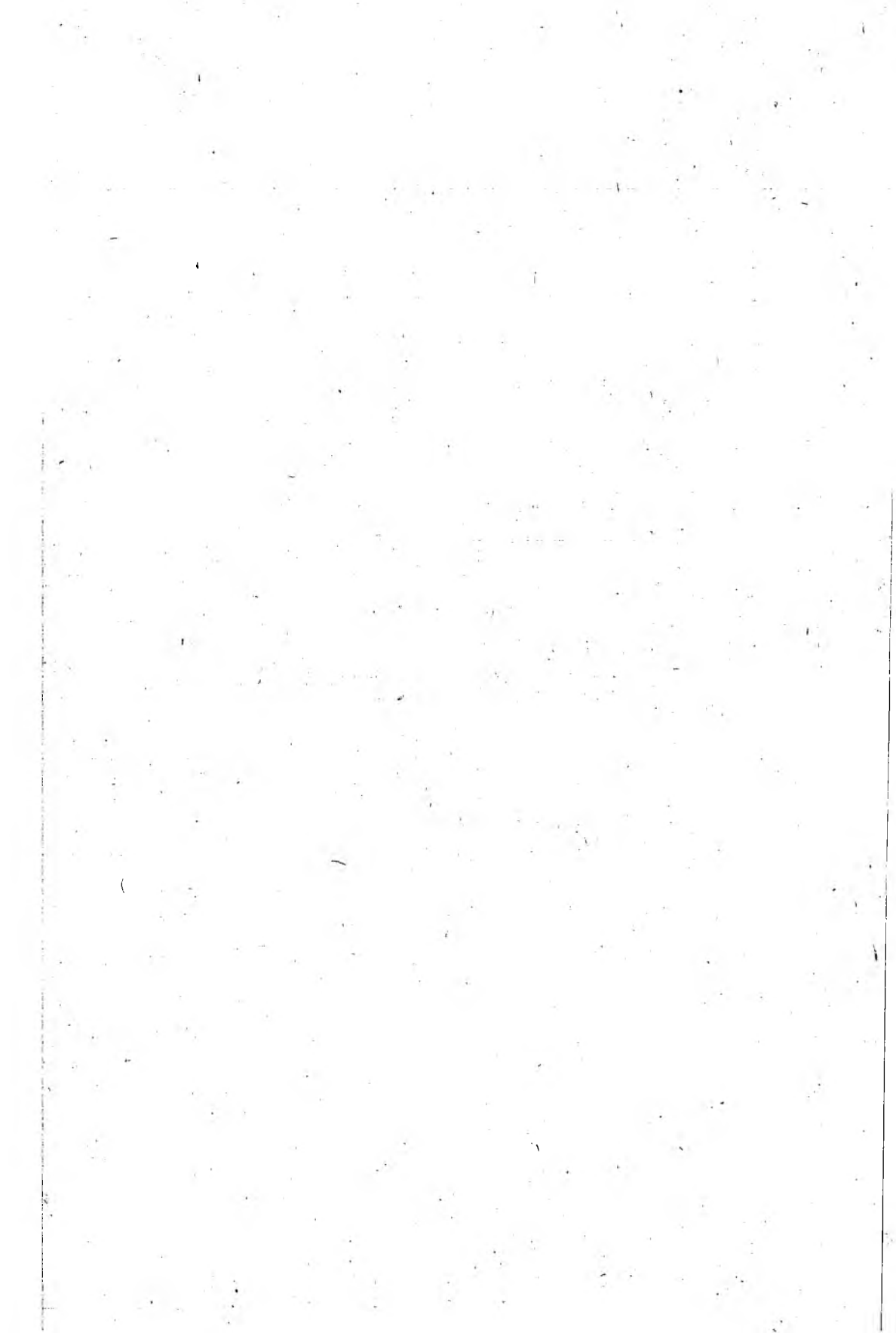
Cópiese, notifíquese.

*Rafael Tajur Herrán, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ricardo Uribe Holguin.*

*Alvaro Soto Angel, Secretario.*

**TITULO VI**

**REVISION DE IMPUESTOS**



## REVISION DE IMPUESTOS

**IMPUESTOS.— Los derechos adquiridos y la ley tributaria. Los intereses corrientes y los moratorios.**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y seis.**

(Consejero proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

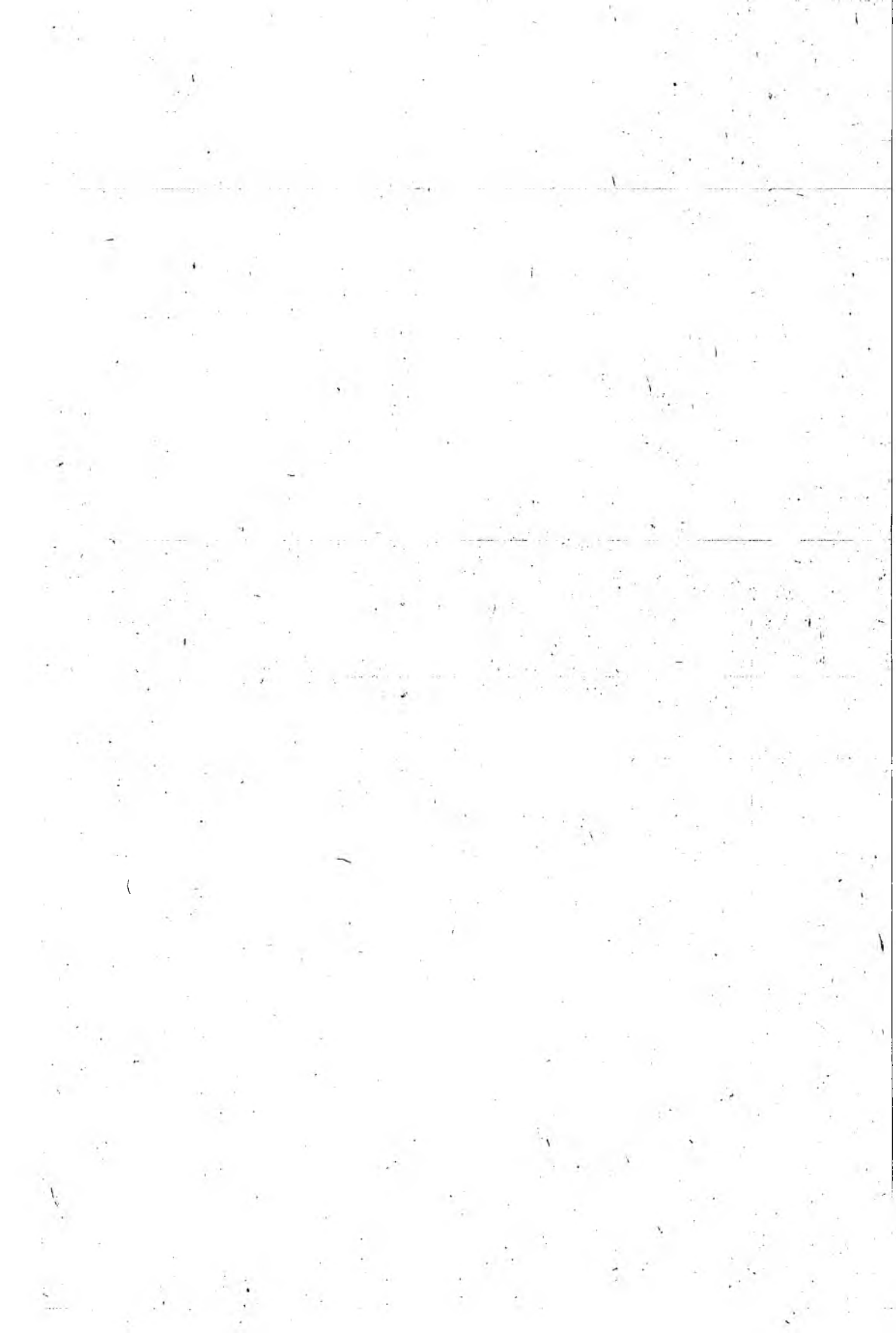
Ref.: Radicación 3319. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1967. Demandante: Inversiones El Nogal S. A.

El doctor Alberto Martínez Menéndez como apoderado de la sociedad demandante solicita la nulidad de la operación administrativa compuesta que se inició con la liquidación número 013863-B de 7 de noviembre de 1969 y culminó con la Resolución número R-07808-H de 17 de octubre de 1973 notificada personalmente el 23 de octubre del mismo año. Señala como violados el artículo 30 de la Constitución y el ordinal 1º del artículo 47 de la Ley 81 de 1960, el primero en cuanto preceptúa que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores y el segundo, en cuanto por él se determinó que “los dividendos recibidos por sociedades de cualquier naturaleza, o abonados en cuenta a favor de éstas en calidad de exigibles, siempre que se trate de sociedades que los distribuyan dentro del país, o a cuyos socios se les graven en Colombia sus participaciones fiscales” serán rentas exentas.

La Ley 63 de 1967, a las condiciones antes establecidas, añadió que “cuando se trate de sociedades anónimas o en comandita por acciones, el total de los dividendos no podrá exceder del 30% de la renta líquida de la sociedad que los reciba”. Esta ley dispuso que salvo mandato expreso en contrario sus preceptos se aplicarían para el año gravable de 1967. Otro tanto tenía establecido el Decreto-ley 1366 del mismo año que parcialmente fue modificado por la ley mencionada.

Para no traicionar su pensamiento se transcribe un aparte sustancial de la demanda:

“Inversiones El Nogal S. A., sociedad constituida y existente conforme a las leyes colombianas, que distribuye sus dividendos en el país, según se comprobó con el certificado que se adjuntó a la declaración de renta, venía gozando de la exención sobre los



## REVISION DE IMPUESTOS

**IMPUESTOS.— Los derechos adquiridos y la ley tributaria.  
Los intereses corrientes y los moratorios.**

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos sesenta y seis.**

(Consejero proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Ref.: Radicación 3319. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1967. Demandante: Inversiones El Nogal S. A.

El doctor Alberto Martínez Menéndez como apoderado de la sociedad demandante solicita la nulidad de la operación administrativa compuesta que se inició con la liquidación número 013863-B de 7 de noviembre de 1969 y culminó con la Resolución número R-07808-H de 17 de octubre de 1973 notificada personalmente el 23 de octubre del mismo año. Señala como violados el artículo 30 de la Constitución y el ordinal 1º del artículo 47 de la Ley 81 de 1960, el primero en cuanto preceptúa que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores y el segundo, en cuanto por él se determinó que “los dividendos recibidos por sociedades de cualquier naturaleza, o abonados en cuenta a favor de éstas en calidad de exigibles, siempre que se trate de sociedades que los distribuyan dentro del país, o a cuyos socios se les graven en Colombia sus participaciones fiscales” serán rentas exentas.

La Ley 63 de 1967, a las condiciones antes establecidas, añadió que “cuando se trate de sociedades anónimas o en comandita por acciones, el total de los dividendos no podrá exceder del 30% de la renta líquida de la sociedad que los reciba”. Esta ley dispuso que salvo mandato expreso en contrario sus preceptos se aplicarían para el año gravable de 1967. Otro tanto tenía establecido el Decreto-ley 1366 del mismo año que parcialmente fue modificado por la ley mencionada.

Para no traicionar su pensamiento se transcribe un aparte sustancial de la demanda:

“Inversiones El Nogal S. A., sociedad constituida y existente conforme a las leyes colombianas, que distribuye sus dividendos en el país, según se comprobó con el certificado que se adjuntó a la declaración de renta, venía gozando de la exención sobre los



dividendos recibidos de otras compañías anónimas, hasta que el artículo 13 de la Ley 63 de 1967 introdujo una nueva condición para gozar de la exención, en el sentido de que el total de los dividendos recibidos no excedan del treinta por ciento (30%) de la renta líquida de la sociedad que los recibe. Hasta el momento de entrar a regir la Ley 63 de 1967, o sea, hasta el 20 de julio de 1967, la exención sobre los dividendos, como dije antes, únicamente estaba sujeta a la condición de que la sociedad que los recibía repartiera dividendos en Colombia. Por tanto, la nueva ley vino a modificar una situación regulada por una disposición anterior, la cual había dado origen al nacimiento de un derecho, que la nueva disposición no podía desconocer sin violar el artículo 30 de la Constitución Nacional.

“Se discute sobre si la ley tributaria puede tener efectos retroactivos, es decir, si puede hacerse extensiva a hechos o situaciones que nacieron o tuvieron lugar antes de su vigencia. En otros términos, si la ley puede gravar rentas que antes de su vigencia se consideraban exentas. Hay quienes se inclinan por afirmar que la ley fiscal puede ser retroactiva, pero siempre que no vulnere derechos adquiridos. En el caso que nos ocupa se violan derechos adquiridos, porque no se trata de gravar rentas que antes no eran objeto de gravamen sino de modificar o someter a un nuevo régimen rentas expresamente exentas.

“Como dice el doctor Juan Rafael Bravo Arteaga en su obra “Nociones fundamentales de derecho tributario”, no es lo mismo estar exento que no estar gravado. En la primera situación la ausencia de obligación tributaria tiene su origen en la operancia de una ley favorable al contribuyente; en la segunda situación la inexistencia del deber impositivo tiene su origen en la falta de ley tributaria.

La primera es una situación concreta amparada por una ley; la segunda es una situación general que no da origen a un derecho adquirido”. (Véase obra citada Pág. 78).

“En el caso de los dividendos recibidos por otras compañías existía hasta el 20 de julio de 1967 una ley favorable a estas compañías, la cual podía ser modificada por el legislador, pero, para el futuro, no para el pasado, porque bajo el imperio de la ley anterior nacieron situaciones que la nueva ley no podía vulnerar.

“El artículo 40 de la Ley 63 de 1967 que también se puede considerar violado dice que “salvo disposición expresa en contrario, las disposiciones de esta ley y del Decreto 1366 de 1967, regirán a partir del año gravable de 1967”.

“La norma expresa en contrario a que se refiere el artículo 40 de la Ley 63 de 1967 y que los autores de las providencias acusadas no encontraron, es el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la irretroactividad de las leyes y el carácter retroactivo de una ley consiste en vulnerar derechos adquiridos.

“Derecho adquirido, según Huc es toda ventaja o beneficio cuya conservación o integridad están garantizadas en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

“En el presente caso, Inversiones El Nogal S. A. en su declaración de renta por el año 1967 solicitó la exención de los dividendos recibidos hasta el 20 de julio de 1967, fecha en que entró a regir la Ley 63 de ese año y presentó una relación de los dividendos recibidos hasta la fecha indicada y los recibidos después hasta el 31 de diciembre del año gravable”.

El Tribunal denegó las peticiones en sentencia en la que se lee:

“Y siendo así que por año gravable se entiende el comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre, según el calendario, por así estatuirlo el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 437 de 1961, salvo la excepción que allí mismo se contempla, que no es la que se da en este evento, aparece claro que las disposiciones contenidas en los estatutos en cuestión, cobijan en su integridad todas y cada una de las situaciones fiscales que ellos regulan, por el año gravable a que ellas mismas se contraen”.

“Lo anterior tiene su fundamento en que una de las características que posee el sistema tributario colombiano es la de la anualidad del impuesto, ya que carecería de todo orden y técnica en materia fiscal si se permitiera a los contribuyentes presentar sus declaraciones de renta y patrimonio conforme a las conveniencias particulares, invirtiendo el principio de que el interés particular debe ceder ante el interés general o público”.

Se agregó la transcripción del concepto del fiscal del Tribunal según el cual en materia de impuestos no es de recibo la teoría sobre los derechos adquiridos.

En su alegato de segunda instancia el demandante insiste en sus tesis sobre inaplicabilidad retroactiva de la ley tributaria en vista de la necesidad constitucional de proteger los derechos adquiridos con justo título conforme a las leyes civiles y añade que esta doctrina fue acogida por la Dirección General de Impuestos Nacionales en la circular número uno de 1969, de la cual sin embargo no fue posible allegar copia auténtica. En respaldo de su punto de vista transcribe apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 26 de julio de 1963 y de algunas otras cuyos extractos pueden leerse en el estudio de la jurisprudencia constitucional, realizado por el doctor Néstor Pineda.

Al final presenta un tema nuevo de controversia que no podía ser tratado en la demanda porque su motivo surge de la sentencia de primera instancia. Lo presenta así:

#### “2º Sanción por mora.

“El ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia materia de esta apelación condena a Inversiones El Nogal S. A. a pagar sobre la suma de \$ 47.505.00 que constituye la diferencia entre la liquidación privada y la oficial, intereses moratorios a la tasa del 2½% mensual a partir del 11 de enero de 1974 (fecha de presentación de la demanda) y hasta cuando el pago se efectúe.

“Sobre el particular me permito manifestar lo siguiente:

“El parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 dice:

“Para interponer el recurso legal ante el Contencioso Administrativo, no será necesario hacer la consignación del impuesto

que hubiere liquidado la administración. Pero la sanción por mora del dos y medio por ciento (2½ %) mensual se hará efectiva desde el momento de interponer dicho recurso sobre las sumas impugnadas que resultaren a cargo del contribuyente según el fallo definitivo”.

“Esta disposición de por sí no creó la sanción por mora, sino que se refiere necesariamente a la sanción por mora establecida por el artículo 54 del Decreto 1366 de 1967 que dice:

“La sanción por mora en el pago de los impuestos sobre la renta, complementarios, recargos e impuestos especiales, se á del dos y medio por ciento (2½ %) por cada mes o fracción de mes sobre los saldos exigibles”.

“Pero, ocurre que el Decreto 1366 fue derogado expresamente por el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974, y al derogarse dicha norma se produjo indulto y rehabilitación en favor de las personas que debían ser penadas de acuerdo con ella, conforme lo establecen los artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, que dicen:

“Artículo 44. En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

“Artículo 45. La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

“La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación.

“Si la nueva ley minorra de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

“Si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

“Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

“Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”.

“El Gobierno trató de revivir la sanción por mora en el artículo 35 del Decreto 2247 de 1974, pero la norma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente el artículo 2º de la Ley 23 de 1974 dice que la obligación tributaria causa intereses corrientes y sanción por mora, pero olvidó fijarlos. Por tanto, hoy no existe norma alguna expresa que fije los intereses moratorios en el 2½ % mensual y así lo ha entendido el propio Ministro de Hacienda, quien en la exposición de motivos con que acompañó el proyecto de ley por medio del cual se adiciona el régimen de impuesto sobre la renta y complementarios dice:

“Los artículos once y trece tienen como objeto aclarar las diferencias de interpretación que han surgido con respecto al ar-

título 2º de la Ley 23, expedida en diciembre de 1974, el cual hace referencia a intereses corrientes y a intereses moratorios. Tales dudas resultan inconvenientes tanto para los contribuyentes como para el Estado...””

El señor Fiscal del Consejo doctor Jorge Dangond Flórez analiza minuciosamente las tesis de la demanda y las de la sentencia, y en especial lo atinente a la aplicabilidad de la Ley 63 para toda la vigencia del año de 1967. Concluye pidiendo la confirmación. Nada dice el Fiscal respecto del punto sobre intereses moratorios.

Para despejar alguna duda planteada sobre la prueba acerca de la discriminación de los dividendos recibidos antes y después de entrar en vigencia la Ley 63 de 1967 se allegaron al expediente por petición del conductor del proceso los certificados de las sociedades que pagaron dividendos a la demandante, discriminados los períodos de cada pago.

#### Para resolver, se considera

##### 1º Los derechos adquiridos y la ley tributaria.

En sentencia del 3 de octubre de 1968 explicó esta misma Sección Cuarta, sin que tal doctrina haya merecido rectificación hasta el presente que “a esta noción de los derechos adquiridos con justo título suele acudir con excesiva frecuencia sin mayor detenimiento en cuanto su exacto valor”. Generalmente se cita la disposición constitucional de modo incompleto. Dice así:

“Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, **con arreglo a las leyes civiles**, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Dos notas se ponen de relieve a primera vista: 1ª Que los derechos que no deben ser desconocidos por leyes posteriores son los adquiridos **con arreglo a las leyes civiles**; y 2ª Que el conflicto entre los derechos de particulares y la utilidad pública o el interés social se resuelve a favor de los intereses de la comunidad.

“Algún sentido debe darse a la expresión **leyes civiles**. Por ejemplo la misma constitución las distingue de las leyes penales para preceptuar que éstas tienen efecto retroactivo en cuanto sean permisivas o favorables. También las distingue de las leyes militares en los preceptos del título XVI.

“Así podríamos indicar que hay diferencia sustancial entre las leyes que regulan las relaciones entre particulares, es decir las relaciones de los gobernados entre sí y aquellas que se refieren a las relaciones de gobernantes y gobernados. Las primeras son, sin duda, leyes civiles cuya aplicación deja amplio margen para que se exprese libremente la autonomía de la voluntad en tanto que de la aplicación de las segundas la autonomía de la voluntad del

gobernado prácticamente no existe. En el primer caso hay equilibrio de derechos y poderes, en el segundo hay subordinación de un sujeto de derecho al otro.

“De esta primera y ligera confrontación surge obvio el criterio de que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas, no son los que protege el artículo 30 de la Constitución. Y son leyes administrativas aquellas que ordenen la intervención del estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Y los actos que se dicten en cumplimiento de tales leyes forman parte del derecho administrativo y no del derecho civil. La ordenación legal relativa a la administración de la moneda y del comercio exterior es expresión flagrante de los poderes que al estado atribuye el artículo 32 de la Constitución y por tanto los derechos que se adquieren con arreglo a sus preceptos no están amparados por la noción de derechos adquiridos de que trata el artículo 30.

“Como en el conflicto entre los derechos de los particulares y la utilidad pública o el interés social debe prevalecer este último criterio, no habría inconveniente en principio para aceptar que derechos adquiridos conforme a leyes administrativas puedan ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Esto no quiere decir, sin embargo, que la legislación administrativa, leyes y otros actos formalmente legislativos, haya de estar presidida por el signo de la arbitrariedad o sea el fruto de poderes discrecionales. Al contrario, la característica de nuestra administración pública es la de que es reglada. Ningún empleado público puede ejercer poderes que no le estén expresamente atribuidos por ley y todo el sistema general está sujeto a muy definido plan de control jerárquico y control jurisdiccional. Tampoco significa que si la utilidad pública no puede hacerse prevalecer sin el agravio del derecho de un particular, éste deba soportar el daño como contribución graciosa personal al progreso de sus semejantes. Obviamente, porque así lo demanda el derecho que ante todo es equidad, quienes se benefician del agravio inferido al derecho del particular deben contribuir a prorrata de su beneficio a compensar el daño. Y como cuando así ocurre debemos suponer que los beneficiarios son la utilidad pública o el interés social, es decir la comunidad entera, entonces la indemnización provendrá del patrimonio de ésta, o sea el que se ha confiado a la administración del Estado.

“Por las anteriores razones si en este negocio prescindimos de los derechos adquiridos, no podemos hacerlo de la institución de la irretroactividad de la ley. Es de la esencia de ésta que sus mandatos rijan la vida futura. Como la ley regula la conducta humana, en principio no puede referirse sino al futuro, aunque su aplicación suponga modificaciones sustanciales de conductas ahora ilegales y antes legítimas. Pero si la ley desconoce o vulnera situaciones jurídicas subjetivas constituidas al amparo de la ley derogada, debe repararse o compensarse el daño que se siga de su aplicación. Ahora bien, este caso es excepcional. Lo corriente es que las nuevas relaciones puedan regularse sin vulnerar las situa-

ciones jurídicas subjetivas. Sólo problemas de gran magnitud social podrán impedir al legislador adoptar las nuevas reglas de conducta sin infligir daño a las situaciones jurídicas subjetivas válidamente constituidas bajo el imperio de la ley anterior”.

En otras providencias esta misma Sección Cuarta ha examinado lo relativo a la vigencia de la ley tributaria para concluir que salvo disposición especial en contrario, las leyes sobre impuesto de renta y complementarios regulan situaciones que se desarrollan paulatinamente durante la totalidad del período fiscal que hasta el presente ha sido del primero de enero al 31 de diciembre de cada año. Las excepciones son, por ejemplo, las relativas a las causaciones mensuales, cuando este sistema regía para dividendos y otras rentas cuyo beneficiario tuviera domicilio en el exterior, o para los casos de vigencias cortas como cuando se liquida una sucesión o una sociedad antes de expirar el año gravable correspondiente. Las personas cuyos bienes y rentas sean gravables saben por anticipado que el año puede iniciarse con un régimen legal y terminar con otro distinto y que esta situación ha sido siempre aceptada como regular con una sola excepción que fue la de la reforma tributaria del año de 1960, respecto de la cual la Corte sostuvo que fue inexecutable “provisionalmente” en la medida en que por ella se desconocieron algunas exenciones acordadas a las cédulas de capitalización. Esta sentencia, como es obvio, cuando ha sido necesario aplicar la ley correspondiente, el Consejo la ha respetado pero debe observarse que la doctrina que la inspiró no ha sido repetida por la misma Corte.

Aceptando como se acepta que las situaciones jurídicas individuales ya constituidas deben ser respetadas o indemnizadas, el perjuicio en caso de que sea indispensable desconocerlas, es lo cierto que el período fiscal termina el último día de diciembre, momento en el que no queda duda para el contribuyente acerca de la regla general de la que derivan sus deberes y derechos. Lo incierto y expectante dura los trescientos sesenta y cinco días anteriores, pero en los siguientes, a partir del primero de enero, aunque no se haya presentado la denuncia de bienes y rentas ni practicado liquidación, la regla conocida es invariable y el derecho a presentar tal denuncia, a que le sea recibida con liquidación privada, a obtener la liquidación oficial y a pagar la totalidad de lo debido, nace el primer minuto del primer día de cada año. Aunque mientras no haya declaración y **liquidación definitiva**, no podría hablarse con propiedad de **situación jurídica individual consolidada**, la expectativa desaparece porque las reglas del deber y del derecho fiscales ya no pueden variar por la única razón de que la ley ha señalado de tiempo atrás, con exactitud, cuál es el período fiscal.

Obviamente, durante ese plazo, antes de su vencimiento, puede cambiarse toda la legislación tributaria, inclusive la relativa al propio período fiscal. La firmeza que reclama el normal desarrollo de los negocios sólo tiene que enfrentarse a tal mínima incertidumbre que equivale a cualquiera otro riesgo ordinario propio de la actividad económica y que es inevitable vista la necesidad social de que prevalezca el interés público sobre el provecho individual.

En concepto rendido por la Sala de Consulta con radicación número 561 el 11 de marzo de 1972 con ponencia del consejero Alberto Hernández Mora puede leerse lo que en seguida se transcribe y que al hacerlo acoge esta Sala:

“El Estado tiene entre sus atribuciones, como poder soberano, la de crear impuestos, y los ciudadanos la obligación de contribuir a las cargas públicas de acuerdo con su capacidad.

“El impuesto es el procedimiento normal de repartir las cargas públicas entre los ciudadanos.

“Es principio fundamental a nuestro derecho público el de la legalidad del impuesto (C. N., Art. 43). Este principio —imponer es legislar— hace participar al impuesto de los mismos caracteres esenciales a la ley; generalidad e impersonalidad.

“La generalidad e impersonalidad de la ley conduce a la igualdad de los ciudadanos ante ella, y en el caso de las leyes tributarias, a la “igualdad ante el impuesto” que aquéllas crean. A idéntica conclusión se llega en desarrollo de otro principio que en nuestro sistema político rige las relaciones entre gobernantes y gobernados: la “igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas”.

“En sus aspectos económicos y sociales la “igualdad frente al impuesto” se traduce en fórmulas legislativas que tratan de realizar la “justicia fiscal”, entendida no como “igualdad numérica, sino en razón del ideal de justicia social que motive al legislador”. En su alcance jurídico el principio de “igualdad frente al impuesto” se concreta en la simple igualdad frente a la ley de impuestos y conduce a someter al mismo régimen fiscal las personas, las propiedades y las actividades que se encuentren en la situación definida por la ley tributaria.

“El concesionario de un servicio público no pierde, por esta circunstancia, su carácter de particular vinculado a la explotación de un negocio que realiza con ánimo de lucro y que la ley fiscal considera como toda otra actividad que genera utilidades.

“Si la naturaleza de interés público del servicio concedido justifica excepciones al principio de generalidad del impuesto, la exoneración fiscal debe estar autorizada en texto expreso de la ley, y como toda excepción interpretativa en forma restrictiva.

“En los contratos que celebre la administración, ésta no puede conceder sino las exoneraciones tributarias expresamente autorizadas por el legislador. Mientras esto no suceda, las disposiciones de la ley tributaria, vigentes y futuras, afectan a los contratistas y entre éstos a los concesionarios de servicios o industrias de utilidad pública, sin distinción alguna, con la misma generalidad que se aplica toda ley.

“Ninguna persona puede alegar derecho a la subsistencia de la ley fiscal, es decir, a que el legislador no cambie el sistema tributario, estableciendo nuevos impuestos, aumentando los anteriores, o modificando las formas de liquidación. Es esta facultad inalienable del legislador, lo mismo que la de eliminar o disminuir los impuestos existentes. Pero los efectos de la ley fiscal en el pasado debe respetarlos la ley nueva. Así, por ejemplo, las liquidaciones de impuestos hechas a una persona de acuerdo con la ley vigente, no pueden ser desconocidas por la ley futura, como tampoco las situa-

ciones jurídicas individuales sobre exención temporal de algún impuesto o reconocimiento de deducciones, que el legislador expresamente haya autorizado para formalizar en **contratos**, o actos concretos, como puede suceder en la emisión de deuda pública o en la promoción de nuevas industrias. Estos son efectos de la ley en el pasado, los que, en interés de la seguridad jurídica, la ley nueva debe respetar.

“El contrato con la administración puede encontrarse ante la ley de impuestos investido de una situación legal o como titular de una situación individual y subjetiva, autorizada por la ley y creada regularmente bajo su amparo.

“Las situaciones legales, son generales e impersonales, su contenido lo determina la ley o reglamento, y las ventajas y cargas que para el contribuyente se deriven de la reglamentación legal, dependen de la urgencia de la ley.

“**En las situaciones individuales y subjetivas su contenido se deriva no de la ley, sino del acto individual, que a la vez crea la situación jurídica y la confiere a su titular, y por lo tanto, su contenido no se altera por el cambio de la ley**”. (subrayas de la Sección Cuarta).

## 2º Los intereses corrientes y los moratorios.

La Ley 49 de 1975 que, ciertamente, no estaba vigente en el momento en que se pronunció la sentencia de primera instancia, fue promulgada en el Diario Oficial número 34467 del 22 de diciembre de 1975 fecha desde la cual rige por mandato de su artículo 18. Sus artículos 13 y 14 son del siguiente tenor:

“En lo concerniente al impuesto sobre la renta y complementarios, la tasa del interés corriente será igual a la que la Junta Monetaria determine como tasa de interés corriente que cobran los bancos comerciales por sus operaciones ordinarias a corto plazo.

“La tasa de interés por mora será la del interés corriente aumentada en una mitad. Los intereses moratorios a cargo del fisco tendrán la tasa anterior.

“En lo tocante al impuesto sobre la renta y complementarios y el impuesto a las ventas, los intereses corrientes y los moratorios no se causarán simultáneamente”.

Las normas anteriores despejan cualquier equívoco pero como en el expediente no se dispone de elementos de prueba provenientes de la Junta Monetaria, la resolución será genérica a menos que después de notificada la sentencia, el propio demandante pida su adición junto con la prueba pertinente.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



**Falla:**

1º Revócase la sentencia apelada.

2º En su lugar se dispone: deniégnanse las peticiones de la demanda.

3º Los intereses que deban pagarse por los saldos pendientes se liquidarán según las normas contenidas en los artículos trece (13) y catorce (14) de la Ley cuarenta y nueve (49) de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Revalídese el papel común.

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

*Jorge Dávila Hernández, no asistió; Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapero, Miguel Lleras Pizarro.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

## REVISION DE IMPUESTOS

### IMPUESTOS.— REFORMATIO IN PEJUS.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—** Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente número 3349. Actor: Alvaro Manrique Gutiérrez.

Mediante sentencia de 23 de junio de 1975, el Tribunal Administrativo del Huila declaró que la reclamación interpuesta por el contribuyente Alvaro Manrique Gutiérrez contra la liquidación del impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1966, practicada por la administración de Impuestos Nacionales de Neiva, había quedado fallada a su favor, de conformidad con la norma del artículo 36 de la Ley 63 de 1967.

Como consecuencia, practicó nueva liquidación en la que se quitó la cantidad de \$ 3.153.45 como renta obtenida de la sociedad Curtidos del Huila Ltda., y la utilidad obtenida en Inversiones Manrique Ltda., la redujo de \$ 215.193.96 a \$ 182.073.40, que fueron los dos únicos motivos expuestos contra la liquidación oficial.

Contra esta sentencia interpuso apelación el apoderado del contribuyente, sin que se conozcan las razones que tuviese para acudir al Consejo de Estado, ya que no sustentó el recurso.

Tal vez consideró que el Tribunal ha debido dejar en firme la liquidación privada, como consecuencia de haberse declarado fallada a favor del actor la reclamación, liquidación privada en la que se fija una cantidad por pagar inferior a la que resultó de la nueva liquidación.

Es este un error en que incurren con frecuencia los apoderados de los contribuyentes poco versados en la técnica de esta clase de juicios de impuestos, pues el éxito de la reclamación contra la liquidación oficial por razón de no haberla resuelto la administración dentro del plazo legal no implica que quede en firme la liquidación privada, sino que debe hacerse nueva liquidación en la que se tendrán en cuenta los factores que han sido motivo de inconformidad, para eliminarlos; pero en todo lo demás, la liquidación oficial debe mantenerse, pues se supone que el contribuyente la ha consentido y no ha sido ocasión de controversia.

En el caso que se examina, el Tribunal encontró que la Administración falló la reclamación contra la liquidación después de cuatro años de presentada, lo que es exacto, y procedió a hacer nueva liquidación que consulta el éxito de los dos únicos motivos de inconformidad, como ya quedó visto; y fijó la nueva cantidad a cargo del contribuyente, en forma que se ajusta a las prescripciones de la ley. Eso era lo pedido por el autor y eso fue lo que le dio el Tribunal. No podía concederle más, pues habría fallado *ultra petita*.

El Fiscal 3º doctor Dangond Flórez conceptúa que el fallo debe revocarse para denegar en forma total las peticiones del actor, porque la reclamación no se ajustó a las prescripciones del Decreto 1651 de 1961.

Sobre este punto la jurisprudencia es constante en el sentido de que cuando el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de los fallos de los tribunales su competencia se limita únicamente al punto sometido a debate por apelación de las partes; y no puede, en consecuencia, el Consejo de Estado, con fundamento en que se ha violado una norma superior, ordenar una reforma del fallo apelado que empeore la condición del apelante, porque sería contrariar las normas del procedimiento administrativo.

“Esta *reformatio in pejus*, que sí pueden ordenar las autoridades administrativas, jerárquicamente superiores a las que pronunciaron la primera decisión, no tiene cabida en el Consejo de Estado, en ningún caso, precisamente porque entre nosotros nunca procede como Tribunal de casación, sino como Tribunal de instancia. El Consejo de Estado, con fundamento en estos principios, reformó la efímera jurisprudencia que autorizaba modificar en sentido desfavorable al apelante las decisiones relativas a impuestos, con manifiesto error doctrinario”. (Antonio Escobar Camargo, “Los decretos leyes ante el Consejo de Estado”, página 58).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con el Fiscal 3º, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

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

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión verificada en esta misma fecha.

*Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

## REVISION DE IMPUESTOS

**JUICIOS DE IMPUESTOS.** Al llegar al Consejo de Estado un proceso de revisión de impuestos por la vía de la consulta, la corporación tiene facultad suficiente para modificar la liquidación elaborada por el Tribunal si en ella se ha incurrido en error que contraría los reconocimientos que se han hecho en derecho, confirmados por el Consejo y, lógicamente, puede modificar la orden de devolución de dineros, para aumentarla o disminuirla si el cálculo hecho por el Tribunal no corresponde al exceso que resulte entre la liquidación bien elaborada y las sumas que acredite haber pagado el contribuyente.

**Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—** Bogotá, D. E., abril ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Ref.: Expediente número 3461. Actor: sociedad "Motores S. A." Impuestos.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 10 de septiembre de 1975, cuyo proceso ha llegado a esta corporación por la vía de consulta, decidió favorablemente los reclamos formulados por la sociedad Motores S. A., contra la liquidación de sus impuestos de renta y complementarios correspondientes al año fiscal de 1964.

La inconformidad del reclamante consistía en que la liquidación oficial del impuesto rechazó como deducciones el pago del exceso de sueldos al personal directivo de la empresa y parte de los sueldos, comisiones, bonificaciones etc., al personal de la misma, en proporción a los pagos hechos al SENA según certificado expedido por esa institución.

El Tribunal para decidir favorablemente la demanda de la sociedad actora tuvo en cuenta el hecho de que la Dirección General de Impuestos Nacionales al agotar la vía gubernativa mediante su Resolución número 05270-H del 15 de junio de 1973, lo hizo con posterioridad al término de los cuatro (4) años señalados por el artículo 36 de la Ley 63 de 1967, pues su reclamo fue formulado el 8 de junio de 1967.

Como los hechos anteriores están suficientemente demostrados en el expediente, la decisión del Tribunal está ajustada a derecho y la

nueva liquidación por él elaborada se halla conforme a la realidad legal y procesal.

Sin embargo, en la parte final de la mencionada liquidación el Tribunal dice textualmente lo siguiente:

**“Nota:** No se ordena la devolución de los intereses por valor de \$ 90.598.00 por cuanto los intereses liquidados entre la diferencia de la liquidación efectuada por el Tribunal y la liquidación privada suman un mayor valor de antes citados”.

No es acertada la apreciación hecha por el Tribunal. Pues la empresa al hacer el pago adicional de sus impuestos sobre el monto de lo que arrojaba su liquidación privada, en acatamiento a lo resuelto por la resolución de la Dirección General de Impuestos Nacionales, interrumpió la causación de intereses por pagos pendientes y por esa razón se ordena devolver lo pagado en exceso. Ahora bien, el monto de los intereses causados por la diferencia entre el total de la liquidación elaborada por el Tribunal y la liquidación privada del contribuyente hasta el 20 de agosto de 1973, fecha en que realizó el pago adicional del impuesto liquidado por la administración, asciende tan sólo a la cantidad de \$ 40.796.00 y por lo tanto debe ordenarse devolver la cantidad de \$ 49.802.00 pagados en exceso por concepto de intereses no causados.

Por lo anterior debe modificarse la sentencia en este punto.

Cabría la duda de si al llegar un negocio de esta naturaleza, por la vía de la consulta al Consejo de Estado, se puede modificar en favor del contribuyente las decisiones tomadas por el Tribunal, siendo que de acuerdo con el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo la consulta se entiende interpuesta a favor del Estado a falta de la apelación correspondiente por parte del Ministerio Público.

La duda en cuestión se resuelve, teniendo en cuenta lo que al respecto ha sostenido la jurisprudencia y es que con los negocios de revisión de impuestos no se busca un pronunciamiento judicial de condena para crear una obligación a cargo del Estado, sino simplemente una sentencia declarativa que establezca el verdadero cuántum del impuesto que debe pagar el ciudadano en favor del Estado; y por lo tanto, la elaboración de una nueva liquidación de dicho impuesto no tiene más alcance que el traducir en guarismos lo que el fallo haya reconocido en derecho. Igualmente, cualquier suma de dinero que se ordene restituir al contribuyente no es sino la consecuencia del reconocimiento en derecho de las obligaciones de éste para con el Estado frente de los pagos efectuados por ese concepto.

Sobre este punto, es importante hacer mención de la sentencia de fecha 2 de abril de 1959, ponencia del doctor Francisco Eladio Gómez donde se puntualiza muy exactamente los alcances de las sentencias en los procesos de revisión de impuestos y la razón de ser de las consultas de esos fallos que no fueron consagradas en el Código Contencioso Administrativo sino posteriormente por medio del artículo 28 del Decreto 2790 de 1953, siempre y cuando que como consecuencia de un fallo de esta clase se ordene devolver dineros al contribuyente en cuantía superior a los \$ 2.000.00; en igual sentido se pronunció esta Sec-

ción en sentencia de 3 de diciembre de 1970 (radicación 1677 ponencia del doctor Gustavo Salazar Tapiero).

Dentro de este orden de ideas, al llegar al Consejo de Estado un proceso de revisión de impuestos por la vía de la consulta, la corporación tiene facultad suficiente para modificar la liquidación elaborada por el Tribunal si en ella se ha incurrido en error que contraría los reconocimientos que se han hecho en derecho, confirmados por el Consejo, y lógicamente puede modificar la orden de devolución de dineros, para aumentarla o disminuirla si el cálculo hecho por el Tribunal no corresponde al exceso que resulte entre la liquidación bien elaborada y las sumas que acredite haber pagado el contribuyente.

En consecuencia, 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:**

a) Confirmanse los numerales 1º, 2º, y 3º de la parte resolutive de la sentencia consultada;

b) Modifícase el numeral 4º de la parte resolutive el cual queda así:

3º La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en el término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo le devolverá a la sociedad contribuyente la cantidad de doscientos un mil seiscientos ochenta y un pesos (\$ 201.681.00) pagados en exceso. Si la devolución no se hace en el lapso indicado, se le reconocerá intereses moratorios del 8% anual.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 8 de abril de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero.*

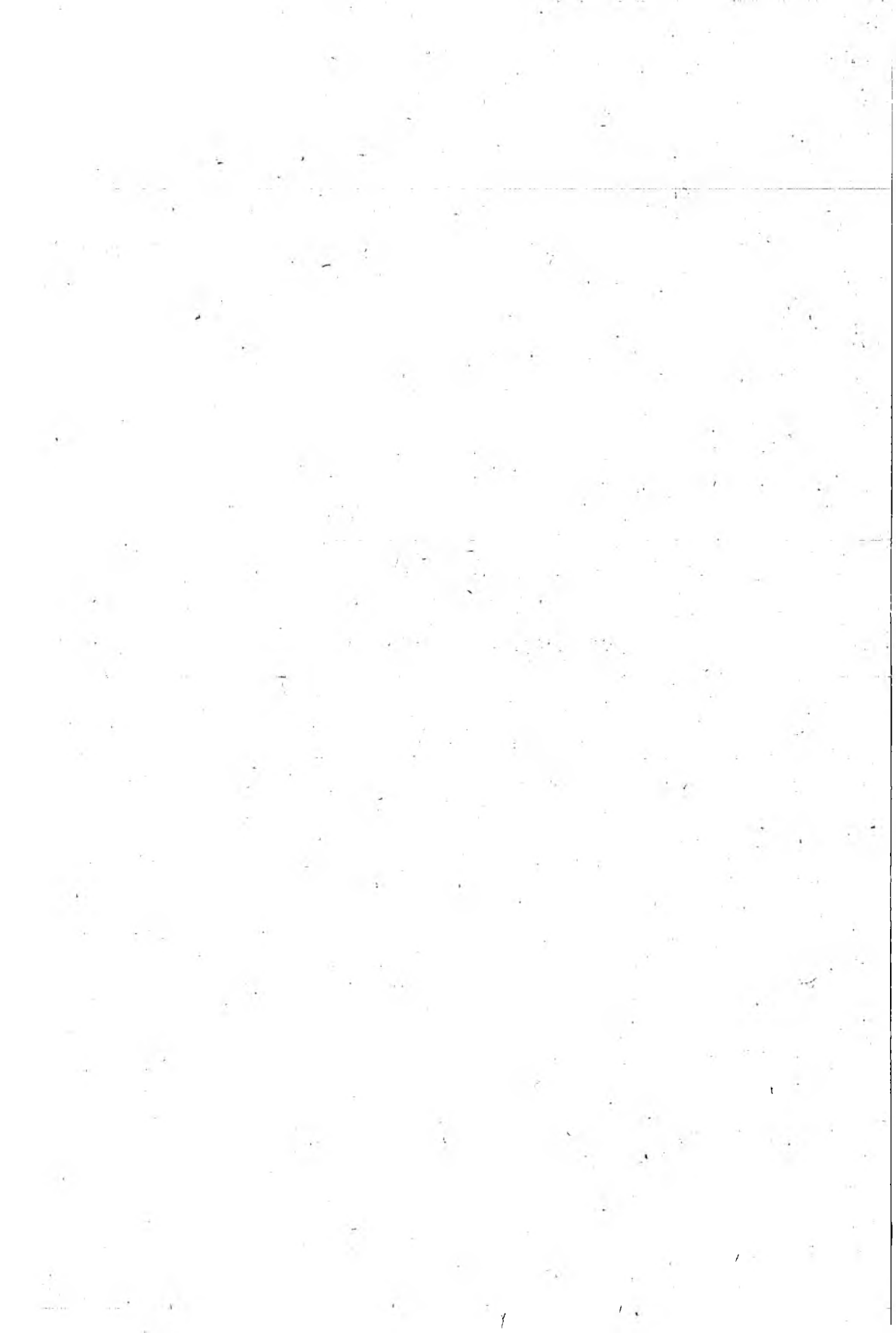
*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*



**TITULO VII**  
**JURISDICCION COACTIVA**

**CAPITULO UNICO**  
**APELACIONES**





## APELACIONES

**JURISDICCION COACTIVA.**— Las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de impuestos nacionales sobre el monto de las liquidaciones correspondientes, prestan mérito ejecutivo (artículo 562, numeral 2º, C. de P. C.).

**Consejo de Estado.**— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., enero quince de mil novecientos setenta y seis.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Ref.: Expediente número 3163. Actor: La Nación contra Banco de Colombia —Casa Principal— jurisdicción coactiva.

La Dirección General de Impuestos Nacionales, Sección de Impuestos Indirectos, mediante providencia del 18 de marzo de 1975 remitió a esta corporación el expediente correspondiente al proceso de ejecución por jurisdicción coactiva que adelanta la Nación contra el Banco de Colombia para el cobro de la cantidad de \$ 1.121.318.40 por concepto de impuestos indirectos pendientes de pago, que había llegado a ese despacho desde el mes de julio de 1965, por apelación interpuesta contra el auto de mandamiento de pago dictado el 27 de julio de 1964 y notificado el 12 de julio de 1965.

En esa oportunidad, el apelante solicitó la revocatoria del mandamiento ejecutivo por estimar que éste se produjo sobre una liquidación informal y no sobre la respectiva providencia que hubiera ordenado el pago de la suma mencionada al Banco de Colombia.

Sin embargo, al sustentar el recurso, además de la revocatoria solicita la cancelación del reconocimiento que es el título ejecutivo que ha servido de base para iniciar el proceso.

**Para resolver, se considera:**

Como la acción ejecutiva se inició bajo el régimen de la Ley 105 de 1931 (antiguo Código de Procedimiento Civil), el artículo 1059 de dicho Código establecía que además de los documentos mencionados en el artículo 982 prestan mérito ejecutivo... "2. Las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos...".

Con esta disposición se hace excepción a la regla general de que el título ejecutivo debe provenir del deudor, pero en ambos casos éste debe contener una obligación clara expresa y exigible tal como lo imponía el artículo 982.

En el presente caso a folio 36 del expediente aparece el reconocimiento número 02 de junio 8 de 1964 suscrito por el Administrador Regional de Impuestos Nacionales de Bogotá, por medio del cual reconoce a favor de la Nación y a cargo del Banco de Colombia, Casa Principal, una deuda por concepto de impuestos liquidados por la cantidad de \$ 1.121.318.40.

Como ese es el título ejecutivo que ha servido de base para la liquidación del proceso y aquél reúne, por lo menos objetivamente, los requisitos de carácter legal necesarios para poder hacer el cobro por la vía de la jurisdicción coactiva, el auto de mandamiento ejecutivo está acomodado a las prescripciones legales vigentes en el momento en que se dictó.

El nuevo Código de Procedimiento Civil establece los mismos requisitos anotados al mencionar en el numeral 2º del artículo 562, que prestan mérito ejecutivo "las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de impuestos Nacionales sobre el monto de las liquidaciones correspondientes..." y expresamente habla el artículo 561 que en este proceso no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa.

Ahora bien, como de acuerdo con el artículo 996 del antiguo Código equivalente al 497 del nuevo, el juez competente debe ordenar al demandado cumplir la obligación cuando se le presente un documento que de acuerdo con lo anteriormente expuesto preste mérito ejecutivo, y eso es lo que ha hecho la Sección de Cobranzas y Ejecuciones en su providencia del 27 de julio de 1964, el auto materia de apelación debe ser confirmado.

Por lo anterior el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

#### Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 15 de enero de mil novecientos setenta y seis.

*Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapero.*

*Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.*

# INDICES

INDICIA



## INDICE ANALITICO ALFABETICO

### A

#### 1. ACCION INDEMNIZATORIA.

Páginas

*Interpretación del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Ocurrido el hecho ó la operación administrativa, el damnificado puede, o acudir directamente a la administración, o instaurar su acción en los tribunales; pero si hace lo primero dentro del término de los tres años (Art. 28 Decreto-ley 528 de 1964), interrumpe la caducidad y puede luego demandar la decisión administrativa.*— Lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, no es tan claro como puede parecerlo, y lo indicado, de acuerdo con las directrices que traza el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, es determinar su sentido de acuerdo con principios generales aceptados en el derecho administrativo. Ante la ocurrencia de hechos u operaciones causantes de perjuicios, el precepto del citado artículo 68 establece que se deben demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. La administración a que la disposición se refiere es la administración activa, y si el recurso a ella es directa, como el texto lo dispone, esto no quiere decir sino que no se trata del ejercicio del recurso jurisdiccional, sino de instar a aquella administración para que se pronuncie sobre el punto que se le plantea. Si las hay, son pocas las disposiciones que tengan originalidad en nuestro derecho administrativo y, por el contrario, la mayoría de ellas son trasuntos de los derechos francés y español. La decisión previa por ejemplo, es uno de los requisitos que para acudir ante los tribunales se exigen en el derecho administrativo español. Dice a este respecto González Pérez: “Desde el punto de vista procesal la existencia previa del acto administrativo o de la disposición reglamentaria, constituyen un presupuesto procesal de tal modo que el tribunal declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo si tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación”. “Los principios fundamentales que informan el régimen administrativo impiden la admisión de pretensiones ante los tribunales frente a la administración pública, sin la existencia de una manifestación de voluntad de la administración en relación a la pretensión que formula”. “Esta jurisdicción —ha afirmado jurisprudencia reiterada— exige como condición *sine qua non* para sus pronunciamientos, una previa resolución de lá administración” (González Pérez, “Derecho procesal administrativo”). Por su parte el tratadista francés Charles Debbasch, expresa: “Todos los recursos contenciosos llevados delante del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos deben llevar la forma

de un recurso contra una decisión administrativa. El demandante debe justificar esta decisión antes de poder formar un recurso delante del juez administrativo. En el contencioso pleno la regla demuestra su originalidad. Cuando se trata de la demanda de anulación de un acto administrativo, se comprende que el demandante debe indicar con precisión la decisión cuya anulación se ha pedido, y por eso es preciso que esta decisión exista. El demandante pretende, al contrario, en el contencioso de responsabilidad, por ejemplo, que un daño le ha sido causado. No hay entonces un acto para llevar al Consejo de Estado: un accidente es un hecho material; no un acto jurídico. Entonces aquél debe provocar un acto tal, y para eso el interesado debe pedir una indemnización a la administración. "Las acciones indemnizatorias se producen bajo la forma de una protesta contra una decisión previa rehusando esa indemnización". (Procedimiento administrativo contencioso y procedimiento civil). Por la forma como está redactado el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo más parece reflejarse aquellas jurisprudencias y aquellas doctrinas, que constituir una norma original y autónoma en la legislación colombiana. Pero aún en el supuesto de que el espíritu de ese ordenamiento fuere el de poner al demandante en la situación de acudir en primer término con su pretensión ante la administración activa, o al menos otorgarle la alternativa de hacer esto o ejercitar el recurso jurisdiccional, es claro que lo primero no podrá hacerlo cuando ya esté vencido el término para hacer uso de este último recurso. Al tenor de lo sostenido por los doctrinantes citados en el auto de octubre 25 de 1973 el recurso administrativo interrumpe la caducidad del recurso jurisdiccional. No cree la Sala preciso ahora pronunciarse sobre ese punto; pero lo que sí estima del caso anotar es que para el ejercicio de aquel recurso no puede haber un término indefinido. (Sentencia de marzo 11 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas A. Salvamento de voto del Consejero doctor Alfonso Castilla Sáiz. Actor: Roberto Bornhofen. Acción de plena jurisdicción contra el oficio número 0961 MDOJ 818 de abril 16 de 1973 del Ministerio de Defensa Nacional). . . . .

426

## 2. ACCION INDEMNIZATORIA.

*Si la víctima no acude a los tribunales dentro de los tres años (Art. 28 del Decreto-ley 528 de 1964), así haya hecho previa petición a la administración y no se la hayan resuelto, su acción caduca.*— Bien es cierto que la última parte del artículo 68 dice que se puede demandar directamente de la administración las indemnizaciones correspondientes, y es evidente que la víctima puede hacerlo, advirtiéndose que en este evento la administración es a la vez juez y parte, pues tiene que reconocer la responsabilidad de ella misma por sus propios hechos. Pero bien, el hecho de reclamar a la administración ni quita ni pone, porque la petición no interrumpe el término de caducidad de tres años consagrados por el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964 que no puede ampliarse ni restringirse jurisprudencialmente. Lo importante es que si la víctima no acude a los tribunales dentro de los tres años conforme a esta norma, así haya hecho previa petición a la administración y no se la hayan resuelto, su acción caduca, y que lo que se debe demandar, como ha dicho siem-

pre esta corporación, es el daño u operación administrativa, y nunca el oficio, comunicación o resolución de la administración que, como en el caso de autos, niega el pago "porque carece de facultad legal para disponer el pago de dicha indemnización en atención a no existir en el presupuesto asignado al Ministerio de Defensa Nacional partida alguna destinada a tal fin como tampoco sentencia judicial condenatoria para la administración". Por consiguiente la caducidad en este caso debe contarse a partir de la fecha de la colisión de las dos embarcaciones, y no desde la fecha de esta comunicación del Ministerio de Defensa. La legislación colombiana tiene marcadas diferencias con las legislaciones española y francesa y con algunas instituciones jurídicas de esos países. Por eso no siempre sirve la doctrina de los autores españoles y franceses como apoyo a jurisprudencias que pueden resultar no muy ortodoxas aquí. (Salvamento de voto del Consejero doctor Alfonso Castilla Sáiz a la sentencia de marzo 11 de 1976, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en que fue ponente el Consejero doctor Gabriel Rojas A. Actor: Roberto Bornhofen. Acción de plena jurisdicción contra el oficio 0961 MIDOJ-818 de abril 16 de 1973 del Ministerio de Defensa Nacional). . . . .

426

3. ACCION INDEMNIZATORIA.

*A partir de la vigencia del Decreto-ley 528 de 1964 (agosto 1º de 1965), las acciones por responsabilidad "extracontractual" de los entes públicos están sometidas a la sanción de caducidad en caso de no instaurarse los libelos dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del hecho (Art. 28 ibídem), mas esa sanción solamente puede aplicarse a los hechos sucedidos a partir de la vigencia de tal norma, no a los anteriores, para los cuales existe la prescripción de la acción de veinte años.—* Es indiscutible que a partir del año de 1965, agosto 1º, las acciones de responsabilidad "extracontractual" de los entes públicos están sometidas a la sanción de caducidad en caso de no instaurarse los libelos dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del hecho (Art. 28 ibídem), mas esa sanción solamente puede aplicarse a los hechos sucedidos a partir de la vigencia de tal norma, no a los anteriores; tampoco es lícito interpretar la norma como consagratoria de una ficción; que los hechos anteriores a 1965, se entienden ocurridos el día 1º de agosto de ese año. No hasta el día 1º de agosto de 1965 cuando de las acciones sobre responsabilidad extracontractual conocía la justicia ordinaria, existía *prescripción de la acción de veinte años*; a partir de esa fecha existe *caducidad de la acción* que es una figura diferente como lo ha sostenido el Consejo de Estado en muchas oportunidades (sentencia de octubre 13 de 1963). Los hechos ocurridos con anterioridad al 1º de agosto de 1965, tienen prescripción veintenaria, y no de caducidad de la acción de tres años. Si la demanda se instaura antes del lapso consagrado en el artículo 2536 del Código Civil no podrá declararse probada la excepción de prescripción de la acción. Como los hechos generadores de la acción dice el libelo se sucedieron el año de 1963, es decir, antes de entrar en vigencia el Decreto 528 de 1964, y no han transcurrido 20 años entre el acontecimiento de la situación fáctica y la introducción del libelo, tiene que concluirse que la acción no es extemporánea, no dándose por esa razón la prescripción de la acción,



y como no estaba vigente el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, no puede, tampoco, declararse la caducidad de la acción, sanción o pena inexistente para el momento en que según el libelo se sucedieron los hechos dañosos. (Auto de marzo 1º de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero sustanciador: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Samuel S. Poole. Indemnizaciones)..... 420

#### 4. ACTO ADMINISTRATIVO.

*Su interpretación.*— La interpretación de los actos administrativos se rige tanto por los principios que gobiernan la de la ley, como por los que se aplican a la de los contratos. Por lo tanto, para determinar la inteligencia que debe dársele al acto administrativo, es preciso atender a su verdadero y genuino sentido, indagando cuál es su espíritu, especialmente cuando su tenor literal es oscuro y ambiguo (artículos 26, 27 y 31 del Código Civil), de manera que la intención del funcionario o corporación que lo haya dictado prevalezca sobre lo literal de las palabras (Art. 1618 íbidem) (Sentencia del 8 de mayo de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Ricardo Uribe Holguín. Acción de plena jurisdicción. Actor: Edgardo Orozco Orozco). . . . . 405

#### 5. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

*Deben ser motivados excepto los de mero trámite. Una providencia que omita citar los preceptos legales en que se apoya sino está motivada quebranta el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto debe anularse.*— Al tenor de lo ordenado por el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, “los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones” respectivos. Como lo relativo al “procedimiento gubernativo” es materia regulada por el Código Contencioso Administrativo, en el capítulo VIII del título III y en éste no se encuentra norma que rija lo atinente al contenido de las resoluciones administrativas cabe acudir por vía de analogía, en acatamiento al mandato del citado artículo 282 de la misma norma, al Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 303 dispone en su inciso 2º que “las providencias serán motivadas, a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite”. Por lo tanto, las resoluciones que dictan los funcionarios de la administración deberán ser motivadas, excepto las de mero trámite. Desde este punto de vista cabe considerar que una providencia que omita citar los preceptos legales en que se apoya no está motivada y quebranta el citado precepto del Código de Procedimiento Civil, por lo cual debe anularse. (Sentencia de abril 30 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Gilma Ibarqué vda. de Rojas. Acción de plena jurisdicción de la Resolución N° 024 de enero 14 de 1974 de la Superintendencia de Industria y Comercio). . . . . 294

6. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO. RELACIONES INTERNACIONALES.

*Control jurisdiccional.*— Las funciones constitucionales del Gobierno, consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de “Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional”; de “recibir los agentes respectivos” y de celebrar con otros Estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”, no son por su propia naturaleza una función administrativa, sino una función eminentemente política, en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro u otros Estados y de entidades de derecho internacional. La índole política de esa función no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento mismo de su original consagración constitucional. De esta suerte la modificación del encauzamiento del artículo 120 de la Constitución Nacional realizada por el acto legislativo de 1963 no ha significado que, sólo a partir de entonces, se haya convertido en política. Lo que hizo el constituyente de 1968 fue enmendar una terminología impropia que cobijaban bajo el rubro de administrativas algunas atribuciones presidenciales que no tenían ese carácter, entre otras, esta que se ha hecho mención. Así, pues, hoy la Carta fundamental reconoce explícitamente que este atributo presidencial le incumbe al Presidente de la República en su condición de Jefe del Estado, y no como suprema autoridad administrativa, con lo cual se acomodó el texto constitucional a la naturaleza propia de la función. Prescribe el artículo 20 del Decreto-ley 528 de 1964, en armonía con el artículo 216 de la Constitución Nacional y con el artículo 34, numeral 10 del Código Contencioso Administrativo que “La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941”. Esta disposición, al consagrar una regla general de competencia de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, determina a su vez, la naturaleza del proceso correspondiente en cuanto de ella se infiere que sólo puede tener ese carácter la actuación jurisdiccional de pretensiones que se vinculen a la actividad estatal en función administrativa y que, por consiguiente, toda otra pretensión procesal relativa a actos del poder público de índole diversa están fuera de la competencia de aquellos órganos jurisdiccionales. Esta disposición, en cuanto contiene un principio general de derecho procesal administrativo, es norma que debe servir al intérprete para precisar el alcance de las demás disposiciones del Código Contencioso Administrativo, que detallan la competencia del Consejo y de los tribunales, de forma que cuando el acto de una autoridad pública no entrañe el ejercicio de una función administrativa, cualquiera sea la forma que él revista, no puede ser objeto de una pretensión administrativa. En el derecho positivo, en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países con instituciones jurídicas análogas a las nuestras se hace la distinción entre actos administrativos y

actos políticos o de Gobierno, de la cual se deriva la exclusión de estos últimos del control jurisdiccional contencioso administrativo. *La nota de la Cancillería Colombiana dirigida al Embajador de Venezuela, en la cual se declara no objetar la soberanía de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes, corresponde al ejercicio de la función pública atribuida al Gobierno por el artículo 120, numeral 20, de la Constitución Nacional, no tiene carácter administrativo y no es acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa.* En el caso "sub judice" se pretende la nulidad de la nota que la Cancillería Colombiana dirigió al Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela el 22 de noviembre, en la cual se declara no objetar la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes. Es indiscutible que ese acto gubernamental corresponde al ejercicio de la función pública atribuida al Gobierno por el numeral 20 del artículo 120 y que, según quedó establecido anteriormente, no tiene carácter administrativo; luego la pretensión de nulidad vinculada a ese acto no puede ser actuada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo. Todas las normas atributivas de competencia en materia contencioso administrativa están estructuradas sobre el supuesto de que las respectivas pretensiones tengan relación directa o indirecta con actos de poder público que no trasciendan el ámbito del derecho interno de Colombia, por la razón muy obvia de que los órganos que integran esta jurisdicción son de derecho interno y no de derecho internacional. El Consejo de Estado, instituido en la Constitución Nacional como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (Art. 141), es un órgano "con jurisdicción en todo el territorio de la República" según lo precisa el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, lo cual significa que es un tribunal de derecho público interno, sin competencia para conocer de pretensiones que excedan ese ámbito territorial, en cuanto en ellas esté involucrado el interés político de otro Estado. En los artículos 62 a 73 del Código Contencioso Administrativo, se describen los actos que pueden dar lugar a pretensiones contencioso administrativas, tales como decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas del orden nacional, las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales, los decretos, resoluciones y otros actos de los gobernadores y demás autoridades o entidades del orden departamental, los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios, los acuerdos y otros actos de los concejos municipales y los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal. En toda esta larga enumeración está implícito que tales actos pertenezcan a la órbita del derecho público interno de Colombia y que, por lo mismo, no trasciendan a la esfera jurídico-política de otro Estado, pues la controversia que en esta última hipótesis se planteara tendría un carácter internacional, por el enfrentamiento de pretensiones entre dos personas jurídicas de derecho internacional. La Sala ha examinado muy juiciosa y detenidamente las razones que ya en ocasión anterior se adujeron en este mismo proceso para sustentar, de una parte, la incompetencia del Consejo de Estado y, de otra su competencia para conocer del acto que ha sido materia de la pretensión de nulidad y ha llegado a la conclusión de que para alcanzar

la solución que se ajuste a nuestras instituciones jurídicas, no debe condicionarse la materia del análisis a la existencia o inexistencia de un vínculo jurídico entre Colombia o Venezuela, ya sea bajo la forma de un tratado o la de un acuerdo de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia internacional convienen en denominar "*acuerdos en forma simplificada*". La Sala considera que no es pertinente ni conducente a la resolución que adopte, la premisa de la existencia de un vínculo contractual entre Colombia y Venezuela. Que el canje de notas sea constitutivo o no de un convenio internacional, o que se trate de un simple acto unilateral del Estado colombiano o de un negocio jurídico unilateral según denominación de Alfredo Verdross en su "Derecho internacional público" (Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974, Pág. 103) o de un acto diplomático unilateral o bilateral según la denominación de L. A. y Podestá Costa "Derecho internacional público" (B-A 1960, N° 170) ello sería cuestión que le incumbiría definir a un tribunal internacional, en el caso de plantearse una controversia que no pudiera decidirse por las vías del arreglo directo. Igualmente, correspondería a un tribunal internacional, declarar la validez o invalidez de tal acto, ya sea unilateral o bilateral, en el caso de aducirse un vicio que pudiera afectar el consentimiento o la voluntad expresada, o una irregularidad en la forma de su expedición, o una falta de competencia del órgano, susceptibles de engendrar una nulidad. Sólo una decisión emanada de un órgano jurisdiccional que tuviera ese carácter, gozaría de la suficiente eficacia jurídica para vincular a las partes en discrepancia. Es indiscutible que de conformidad con la Constitución política de Colombia, corresponde al Presidente de la República dirigir como Jefe del Estado todo lo atinente a las relaciones internacionales del país. Por consiguiente ningún otro funcionario o entidad tiene facultad para expedir actos que tengan que ver con tales relaciones; pero la calificación de su legitimidad no le corresponde, como queda dicho, a la jurisdicción contencioso administrativa. De todos modos no sobra registrar ahora algo que constituye un principio general admitido en el derecho internacional: que para la validez de un acto unilateral o bilateral de un Estado, es menester que tal acto sea proferido conforme a las normas sobre competencia, contenidas en el derecho interno del país o países de que se trate (Oppheine y Lauter Pacht "Derecho internacional público" T 1, Vol. 2º, Nos. 343, 344, 497, 509 A; Vischer "Teorías y realidades en derecho internacional", Págs. 274 a 275, Edit. Bosch Barcelona 1962 y L. A. Podestá Costa "Derecho internacional público" T. I. Nos. 173 y 175; Charles Rosseau "Derecho internacional público" Edic. Ariel Barcelona 3ª edición española, N° 22, Pág. 27, 1968, entre otros). La falta de competencia legal del Consejo se hace aún más patente frente a la circunstancia de que en la actualidad se desarrollan negociaciones directas entre los Gobiernos de Colombia y de Venezuela, en las cuales está involucrada la materia a que se refiere el acto cuya nulidad se pretende y que eventualmente pueden culminar en un acuerdo, o dar lugar al empleo de los mecanismos que prevé el derecho internacional para la solución pacífica de las controversias entre los Estados, una de las cuales podría ser la decisión de un tribunal internacional. No le corresponde, pues, al Consejo de Estado colombiano definir cuál sea la naturaleza del negocio jurídico a que haya dado lugar

la nota de Colombia, ni menos aún apreciar si ella está o no viciada de nulidad. Para el solo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta corporación precisar que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa, por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que deba ser decidido por esta jurisdicción especial, al tenor de lo previsto en los artículos 120, numeral 20, de la Constitución Nacional, 20 del Decreto 528 de 1964 y demás disposiciones del mismo decreto (Arts. 30 a 32), de los artículos 32 a 37, 52 a 58 y 62 a 71 del Código Contencioso Administrativo que desarrollan la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos, consignada en los artículos 141, 154 y 216 de la Constitución Nacional. (Sentencia de enero 28 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Con salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el acto del Gobierno Nacional, o restringiendo la petición, del acto del señor Ministro de Relaciones Exteriores fechado en Bogotá el 22 de noviembre de 1952. Actor: Alfonso Romero Aguirre). . . . . 251

## 7. ACTOS POLITICOS O DE GOBIERNO.

*Concepto. Doctrina y jurisprudencia. Ni la Constitución, ni la legislación, instituyen los actos políticos o de gobierno para excluirlos del control jurisdiccional.*— Los actos políticos o de gobierno, constituyeron una clasificación de los actos jurídicos según su objeto, con la finalidad de sustraerlos del control jurisdiccional. “En una primera etapa —observa De Laubadere, citado en la sentencia de que discrepo—, ilustrada por sentencias del Segundo Imperio (especialmente: CE 18 de junio 1892, Prince Dorleans, S. 1862, 2, 307; 9 de mayo de 1867, duc d’ Aumaler, S. 1876, 2, 124) se consideraba como acto de gobierno toda medida inspirada por un móvil político; está concepción, en virtud de la cual cualquier acto era susceptible de convertirse en acto de gobierno, consagrada, en suma, de manera particularmente peligrosa, la idea de la razón de Estado. *Ella fue abandonada al fin del siglo XIX por la jurisprudencia* (subrayo) (especialmente CE 19 de febrero de 1875, Prince Napoleón, 3, 1875 2, 95) (A. de Laubadere, “Traité élémentaire de droit administratif”, 3ª Ed., Librairie générale de droit, tomo I, Págs. 225 y 226). La sentencia mencionada, del 19 de febrero de 1876 del Consejo de Estado francés (Prince Napoleón), respecto de los actos de gobierno, como afirman M. Long., P. Weil y G. Braiband, “se limitó a eliminar el *criterio antiguo*, excesivamente amplio, fundado en el móvil político. En rigor de verdad, este criterio no ha sido reemplazado desde entonces, de tal suerte que los *actos de gobierno no pueden ser hoy objeto de una definición general y teórica* (subrayo) sino solamente de una lista establecida conforme a la jurisprudencia. (“Les grande arrêts de la jurisprudencia administrativa”, Sirey, París, 3ª Ed. Pág. 16). De manera que, tras la evolución de una “definición racional” a una “puramente empírica”, en el actual régimen fran-

“Por otra parte, este es el criterio que, la mayoría de las veces ha primado en nuestra jurisprudencia; así la hemos visto admitir la validez de marcas tales como “alcoluz”, que distingue un alcohol de alumbrado, etc.

“Por otra parte, y con razón, la Oficina de Marcas ha concedido, entre muchísimas otras, las siguientes, todas evocativas del producto a que se aplican.

“‘Laxo ciruela’, para laxantes.

“‘Lactecol’, para productos lácticos.

“‘Laxo-magnesia’, para una magnesia purgante.

“‘Leche de magnesia’, para un preparado de magnesia.

“‘Malyl’, para un producto a base de malta.

“‘Piedra higiénica’, para un producto medicinal.

“‘Pluriglandina’, para extractos glandulares.

“‘Trimalta’, para un producto a base de malta.

“‘Carbonil’, para carbón.

“‘Iodarse’, para compuesto de iodo y arsénico, etc.

“En resumen, una denominación debe reputarse de fantasía: a) Cuando no tiene ninguna relación con el producto que distinga (por ejemplo, “tigre”, “ángel”, “el puente”, aplicadas a productos alimenticios); o b) Cuando, aún despertando idea de la naturaleza o composición del producto, no pueda considerarse como su denominación precisa y admitida corrientemente”.

### “Capítulo III

**“La innovedad absoluta, o la regla general y la excepción en materia de signos adoptables como marcas.**

“1. Gabino Pinzón, en su obra “Introducción al derecho comercial”, Editorial Temis, 1966, Bogotá, en la página 324, expresa textualmente lo siguiente:

“Todo signo idóneo para cumplir la función indicada puede ser utilizado como marca; y, a su vez, ésta puede usarse en diversos tamaños y colores y en cualquier forma adecuada, como impresa, grabada, estampada, etc.

“El principio general en esta materia es, pues, el de la libertad de uso de cualquier signo apto para distinguir el producto y por cualquier procedimiento útil para facilitar su uso.

“En la ley están previstas expresamente las excepciones a este principio, mediante la indicación de los signos que no pueden ser

utilizados como marcas o que solamente pueden usarse con un sentido o alcance determinado y restringido, como en el caso de los nombres geográficos, que apenas pueden usarse para indicar la procedencia del artículo.

“Lo cual quiere decir que las disposiciones legales que excluyan o limitan el uso de ciertos signos son normas de estricta interpretación y de aplicación restringida, como verdaderas excepciones que no pueden ampliarse fuera de los términos expresamente previstos en la ley”.

“2. En la Revista de La Propiedad Intelectual número 3 del Birpi, oficinas reunidas para la protección de la propiedad intelectual, en la página 129, el profesor Aracama Zorraquín, textualmente expresa:

“Como la ley no exige que el signo que constituya a la marca sea un signo material y como además las prohibiciones son de interpretación restrictiva puede afirmarse que nada hay en la ley que prohíba el registro de marcas sonoras, acústicas o auditivas. Sin embargo, hasta ahora, nadie se ha presentado solicitando protección para marcas de tal clase”.

#### Considera la Sala

Las resoluciones acusadas expresan:

“La evocatividad se da en aquellas marcas que ofrecen una somera idea de un producto, o sugieren su naturaleza o utilidad, esto es, que remota o indirectamente se relacionan con el producto, efectuándose una deformación arbitraria sobre una denominación precisa que, al ser combinada con otros elementos fonéticos, permitan indicar al público su finalidad o composición.

“Al decir que se efectúa una deformación arbitraria sobre una denominación precisa, se está indicando que el resultado es absolutamente fantástico, esto es, que se está creando una palabra que no encaja idiomáticamente en los diccionarios conocidos.

“En el tema de propaganda “síntese, recuéstese, acuéstese” no se encuentra ninguna de las características de las marcas evocativas. Las palabras que lo componen siguen siendo claramente indicativas de su significado y por lo mismo de su destino, en cuanto a los productos que quiere amparar.

“Por otra parte, el referido lema no alcanza a ser lo suficientemente novedoso y especial, que son características primordiales de las marcas, que las hacen perfectamente **distintivas**, puesto que se trata es de distinguir, diferenciar los productos que se pretenden amparar de los demás de su misma especie.

“Es así como se ve, como lo afirma el interesado, que el conjunto compuesto se haya formado con elementos totalmente novedosos, puesto que son verbos conocidos como de uso común dentro de la lengua castellana.

“Como quiera que el artículo 585, numeral 2º, del Decreto-ley 410 de 1971, estatuye que no podrán registrarse como marcas las que consistan exclusivamente en un signo que pueda servir en la industria o en el comercio, para designar el destino de los artículos, el despacho considera procedente dar la aplicación a la referida norma en el presente caso”.

“Para resolver el recurso propuesto tenemos en cuenta las siguientes consideraciones:

“I. Sin esbozar una definición sobre el concepto de marcas, nuestro ordenamiento comercial en su artículo 583, nos lo describe como todo signo distintivo que a su vez es susceptible de ser clasificado como de producto o de servicios, según aluda a campos con que tales términos toca.

“La distintividad que, de acuerdo a la noción que del Código mencionamos, es un presupuesto esencial para que un signo pueda ser calificado como marca, ha sido entendida por la doctrina como la exigencia de que el signo debe especializar, individualizar y singularizar, puesto que el destino de la marca está en identificar: identificación relativa al producto o servicio a que se refiere la marca que está clasificado por el nomenclator internacional marcario. Luego la distintividad se predica del signo cuyo registro se solicita para una clase determinada y en relación con dicha clase por lo que lo distintivo para una clase puede no serlo en otra.

“La misma doctrina le ha endilgado a la distintividad los requisitos de la novedad y de la especialidad, considerando que ellos “integran la condición de signo distintivo que es en definitiva la esencia de la marca” (Rangel Medina).

“A. Consecuente con lo dicho sobre la relatividad de la distintividad, el requisito de la **novedad** se refiere a los demás signos distintivos, que constituyen marcas, referentes al mismo tipo de productos o servicios a que atañen. Por ello, sobre el tema ha dicho el tratadista mejicano David Rangel Medina que “El carácter novedoso que del signo se exige, se refiere fundamentalmente a las demás marcas, pero no a cualquiera de las existentes en el mercado, sino respecto a aquéllas destinadas a diferenciar la misma clase de productos. . . Para ser nueva es bastante con que la marca sea nueva por sí misma; basta que lo sea en su aplicación a saber, que no haya sido empleada para caracterizar productos (de la misma clase) o mercaderías de otra industria, empresa o establecimiento”. El tratadista argentino Breuer Moreno dice al respecto: “Debo insistir en que no es el signo en sí el que debe ser novedoso sino su aplicación.

“B. La **especialidad** surge en razón de la función diferenciadora que el signo distintivo convertido en marca debe tener, la cual sólo se da si éste tiene la suficiente originalidad para producir la atención en el comprador, lo que implica que la marca no debe consistir en un signo de una simplicidad tan elemental que malogre su papel de llamar la atención de los consumidores. Pero también la especialidad sólo alude a la categoría de productos o servicios para la cual el signo quiera registrarse como marca.



“La misma obra, en su artículo 584, hace una enumeración no limitativa de signos que tendrían el carácter de distintivos y serían susceptibles de registrarse como marcas si no se hallan dentro de las prohibiciones que en forma taxativa nos dan los artículos 585 y 586 del mismo estatuto y a las cuales seguidamente nos referimos.

“II. Los modernos estatutos de derecho marcario partiendo del presupuesto de que la marca debe ser distintiva objetivamente para que cumpla su función identificadora y de que aún a pesar de ser ésta una cuestión de hecho, dada su trascendencia en el mundo jurídico, han fijado una serie de reglas para determinar si un signo es distintivo y por tanto susceptible de registrarse como marca, ya para ello han fusionado los componentes de la distintividad (novedad y especialidad) con los principios rectores del derecho marcario: el orden público, la protección del consumidor y la protección del titular.

“Nuestro Código de Comercio en su artículo 585 ha conjugado el elemento de la especialidad con los postulados del orden público y la protección del consumidor. Por tanto, cuando se niega el registro de una marca alegando su ubicación dentro de alguna de las causales que la citada norma trae, implícitamente se está diciendo que no es distintiva por cuanto carece del elemento de la especialidad, o porque contraviene el orden público.

“A su vez, el mismo estatuto, en su artículo 586, da los casos en que el signo no es susceptible de registro marcario por carecer de la distintividad al faltar el elemento novedad que, como antes dijimos, en suma consiste en que no haya sido antes aplicado para la misma clase de productos o servicios. En esta forma se interrelacionan el presupuesto de la protección de los derechos de terceros con el elemento novedad.

“Ahondando en la relatividad de la distintividad, el artículo 584 en su inciso 2º, establece un criterio para determinar la registrabilidad marcaria de un signo basado en las circunstancias especiales que concurren citando en forma no limitativa:

“a) La duración del uso del signo en calidad de marca en Colombia u otros países, cuestión de especial aplicación en los casos de los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 585 y que consiste en la consagración de la costumbre como fuente del derecho mercantil, aludiéndose a los usos que son los hechos constitutivos de la misma y cuya existencia debe comprobarse de acuerdo a las normas contenidas en los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil para que surja la regla de derecho abstraída de esos hechos;

“b) El considerar distintivo el signo que se pretende registrar como marca en los medios comerciales colombianos o extranjeros, en cuyo caso no existe limitación probatoria alguna; estando ésta encaminada a demostrar no ya el uso sino la consideración distintiva del signo “en los medios comerciales” nacionales o foráneos.

“III. Dentro de los signos que podrían constituir marcas, el artículo 584 nos trae frases de propaganda. El legislador hizo tal

enunciación teniendo en cuenta, como lo dice el tratadista Breuer Moreno, que "hoy no es posible imaginar negocio pequeño o grande que trabaje sin propaganda, y la propaganda sólo puede efectuarse empleando marcas. El productor enseña al consumidor a pronunciar la palabra que bastará para que el detallista le entregue precisamente el artículo que desea; con esa sola palabra, el detallista sabe qué debe entregar entre millares de productos análogos. Se orienta el consumo y se le defiende, como se defiende al consumidor". Y la razón de tal hecho es de tipo histórico: La evolución de la industria y el comercio que se halla demarcada por dos períodos establecidos por la Revolución Industrial. En el primero, el productor se identifica con el comerciante: "Abastecía a su barrio y tenía una clientela adicta, que mantenía con él una relación de amistad personal, que le compraba su producción porque conocía sus dotes personales de trabajo o porque no podía acudir a otro proveedor...". Si el comerciante usaba una marca, era como firma de artista, pero no como instrumento eficaz de trabajo; no influía sobre las ventas. Con la Revolución Industrial nacen los conceptos de fabricante y mayorista desdoblándose el viejo comercio. Con el maquinismo surge la competencia y entonces el fabricante ha de recurrir a la marca como arma de defensa ante las imposiciones del mayorista y de la misma competencia, llegándose a afirmar que así como el comercio es la razón de ser del derecho comercial las marcas lo son del comercio.

"La marca requiere del elemento propaganda para realizar su función: "El fabricante adopta una marca para productos. Por medio de la propaganda la hace conocer; acostumbra al consumidor a solicitar tal marca del producto". Así lo han entendido los doctrinantes de la materia cuando entre las funciones de la marca le señalan la de la propaganda.

"Conviene ahora precisar a qué tipo de propaganda alude nuestro ordenamiento mercantil, para lo cual hemos de partir del concepto de la publicidad que en sentido general y según Demortain "es la característica de aquello que es público...".

"Sus especies están dadas por la finalidad perseguida y una de ellas es la publicidad comercial. Luego, si la publicidad en general es el arte de llamar la atención a través de los diversos medios adecuados para ello, tendrá el carácter de comercial cuando persiga un fin esencialmente comercial, que no es otro que la venta del producto o servicio.

"Algunos diferencian los conceptos de publicidad y propaganda. Otros los identifican. Estamos con los últimos. El único tipo de propaganda o para seguir la terminología del Código, de "frases de propaganda", susceptible de registro marcario, es la comercial.

"De acuerdo a la enumeración del artículo 584, los signos que pueden emplearse como marcas son tres tipos: **plásticos**, conformados por envases y formas de productos; **figurativos**, comprendidos por dibujos, emblemas, envolturas, relieves, disposiciones de colores estampados, sellos, timbres, orlas, viñetas y bandas; y **no**

minativos, que son los nombres geográficos, los nombres de las personas, las letras, las palabras de cualquier idioma, las cifras, los seudónimos, las denominaciones arbitrarias o de fantasía y las frases de propaganda.

“Según lo dicho podemos definir las frases de propaganda susceptibles de registro marcado como **el conjunto distintivo integrado por series nominativas, a través del cual se ejerce una acción premeditada sobre un público definido con el fin de atraerlo o conservar la clientela sobre un producto o servicio.**

“La definición nos está indicando:

“1º Que este tipo de signos genera las llamadas marcas nominativas “que también se conocen como nominales, denominativas, nominadas, fonéticas o de palabra”, que se suelen definir como las que se componen exclusivamente de una o más palabras (Rangel Medina) y que dentro del tipo que estamos estudiando asimismo estará integrada por varias palabras que serán las que constituirán las frases de propaganda.

“2º Que la distintividad se exige es del conjunto y no de cada una de las palabras integrantes del signo: se requiere una combinación distintiva de elementos sin importar que aisladamente carecieran de la novedad y/o de la especialidad.

“Luego, no es cierta la afirmación del memorialista cuando dice: “así como la marca debe ser **novedosa, lícita y distintiva**, la frase de propaganda responde a otro criterio, cual es el de que no es precisamente un signo distintivo sino por el contrario, un conjunto de signos nominativos encaminados a vender el artículo al cual se aplican”. Como uno de los signos enunciados por el artículo 584 como susceptibles de registros marcarios las frases de propaganda deben reunir los requisitos que el Código de Comercio exige para ello y entre los cuales está la distintividad, aunque si bien es cierto y ya lo anotamos en el punto primero, los requisitos han de medirse de acuerdo a la naturaleza y finalidad del signo a convertirse en marca.

“3º Como lo anota el memorialista, las frases de propaganda pueden servir como marca “para cualquiera de las clases del nomenclator oficial marcario del Decreto 755 de 1972”, pues al igual que los demás signos a que se refiere el inciso 1º del artículo 584, la ley autoriza su registro (como marca) en cualquiera de las clases del decreto antes mencionado.

“4º Se señala la finalidad de las frases de propaganda, cual es la de ejercer una acción premeditada sobre un público definido (la clientela) para atraerlo o conservarlo en relación con la venta de un producto o servicio.

“Por tanto, y de acuerdo a lo ya señalado, los requisitos para su registro como marca han de analizarse de acuerdo a esta finalidad, sin que por ello se llegue a aceptar la afirmación del memorialista de que la frase de propaganda “tiene que tener forzosamente relación descriptiva con la marca que se aplica al producto,

pues de lo contrario no cumpliría su misión"; afirmación que no es exacta por cuanto los signos descriptivos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 585, numeral b), son irregistrables, ya que "no sirven para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras empresas y, por lo tanto, tienen que quedar a la libre disposición de todos".

"El error del recurrente está originado en considerar que la frase de propaganda alude a una marca y no a un producto o servicio, consideración que además de carente de toda fundamentación legal limita el sentido y la utilización que nuestro Código ha dado a este tipo de signos en el derecho marcario; las frases de propaganda, al igual que los demás signos traídos por el artículo 584, son para productos o servicios.

"Dos situaciones pueden presentarse en la solicitud de una frase de propaganda como marca, a saber:

"1º Que la petición se refiera a marcas compuestas, es decir, frases de propaganda con alguno de los otros signos que se consideren como distintivos.

"2º Que aluda a marcas simples, o sea, sólo frases de propaganda, en cuyo caso se presentan las siguientes variantes:

"a) Que el registro de la frase de propaganda se solicite con posterioridad al de la marca madre u original y en forma independiente;

"b) Que el registro sea solicitado con posterioridad al de la marca madre u original pero dependiendo de ella.

"En la primera situación los requisitos para registrar la frase de propaganda son los mismos que para cualquier otro signo. En la segunda situación los requisitos dependen de las diversas circunstancias anotadas, así:

"En cuanto a la establecida en el numeral a) las exigencias continúan siendo las mismas.

"En relación con el numeral b) estimamos que, además de los requisitos generales, existen unos especiales, cuales son:

"1º Que la marca madre exista, bien en uso o registrada.

"2º Que la solicitud sea hecha por el propietario de la marca madre u original, con la expresa indicación de que la pide como anexa de la misma.

"Con lo anterior estamos indicando que no compartimos lo afirmado por el memorialista en el punto c) de la cuarta consideración en donde pretende que para que pueda haber registro marcario de una frase de propaganda es necesario el previo registro de una marca madre u original; tesis que consideramos restringe sin fundamento jurídico alguno los posibles casos de registrabilidad de dicho signo y que es una consecuencia de la confusión de

la frase de propaganda con la marca a que ya nos referimos anteriormente.

“IV. Nos corresponde ahora aplicar los conceptos y principios establecidos en los puntos anteriores en relación con la frase de propaganda **siéntese, recuéstese y acuéstese**, cuyo registro fue negado por la División de Propiedad Industrial mediante Resolución N° 00808 de mayo 24 de 1973. Aunque en la petición inicial no hace expresa alusión del memorial sustentatorio del recurso de apelación se desprende que la solicitud está enmarcada dentro de la segunda situación, caso a), y entonces debemos analizar si reúne los requisitos que para ella hemos establecido:

“Existe una marca madre, **“Reclinomatic”**, registrada; la solicitud se hace por el propietario de dicha marca y previa la advertencia anterior aceptamos que la hace con expresa indicación de que la pide como anexa a la misma.

“En cuanto a los requisitos especiales, puesto que en lo tocante a los generales, más concretamente en lo relacionado con la distintividad, tenemos que la frase de propaganda cuyo registro se pretende está incurso en la causal que el numeral 2° del artículo 585 enuncia como de falta de distintividad en un signo por considerarlo exclusivamente descriptivo por “designar el género, la especie... el destino”, como es el caso de **siéntese, recuéstese y acuéstese**, signo nominativo cuyo conjunto describe el destino de los bienes o servicios que estarían amparados por la clase veinte de la clasificación internacional, en especial tratándose de muebles, que permiten las operaciones de **sentarse, recostarse y acostarse**, a que se refiere la clase de propaganda cuyo registro se solicita. Comentando dicho numeral el entonces **Birpi** en la “ley-tipo para los países en desarrollo sobre marcas, nombres comerciales, y competencia desleal”, página 25: “Esta disposición declara inadmisibles para el registro como marcas los signos o indicaciones que se hayan de considerar como exclusivamente descriptivos de las características de los productos o servicios de que se trate. Los signos exclusivamente descriptivos no pueden, por su carácter mismo servir para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y, por lo tanto, tienen que quedar a la libre disposición de todos”. Y, como lo anota Breuer Moreno, citado por el recurrente, “los slogans, las frases comerciales, pueden ser registrados como marcas, cumpliendo los requisitos de la ley”.

“En el presente caso y de acuerdo a lo ya señalado se observa que el signo nominativo no cumple las exigencias que la ley establece para que pueda ser registrado como marca, por lo que este despacho,

**“Resuelve:**

Artículo 1° Confirmar la Resolución N° 00808, de mayo 24 de 1973, originaria de la División de Propiedad Industrial.

“Artículo 2° Declarar agotada la vía gubernativa.

“Artículo 3° Vuelvén las presentes diligencias a la oficina de origen.

“Artículo 4º Revalídese el papel común.

“Artículo 5º Publíquese el texto de la presente providencia en la Gaceta de Propiedad Industrial”.

El señor Fiscal de la corporación, en su concepto de fondo, dijo:

“En las normas que se indican como violadas se dispone:

“Artículo 584. Podrán emplearse como marcas denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma, nombres propios, seudónimos, nombres geográficos, frases de propaganda, dibujos, relieves, letras, cifras, etiquetas, envases, envolturas, emblemas, estampados, timbres, viñetas, sellos, orlas, bandas, las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo.

“Para apreciar si el signo es distintivo se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurren como la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros.

“Artículo 585. No podrán registrarse como marcas:

“1. Las que consistan en forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial.

“2. Las que consistan exclusivamente en un signo que pueda servir en la industria o en el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios.

“3. Las que consistan exclusivamente en un signo que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se haya convertido en una designación usual de los productos o servicios de que trate.

“4. Las que por otras razones no permitan distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra.

“.....”.

“Como puede verse de la primera de las normas transcritas, la ley es bastante amplia en la regulación marcaria, a punto tal que permite “emplearse como marca denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma... frases de propaganda... las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo”.

“Frente a esta norma, que como ya se dijo es bastante amplia, y como también lo sostiene el demandante, es de carácter general, se consignan en el artículo siguiente las limitaciones que por ser exceptivas son de interpretación restringida.

“En lo que se relaciona con la frase “siéntese, recuéstese, acuéstese”, cuyo registro se ha pretendido, no cabe duda que se

trata de una frase de propaganda, y como tal se encuentra comprendida, dentro del enlistamiento que expresamente se hace en el inciso 1º del artículo 584 del Código de Comercio.

“En la segunda de las resoluciones acusadas se dice que “la frase de propaganda cuyo registro se pretende está incurso en la causal que el numeral 2º del artículo 585 enuncia como falta de distintividad en un signo por considerarlo exclusivamente descriptivo por “designar el genero, la especie, ... el destino...” y más adelante se agrega: “los signos exclusivamente descriptivos no pueden, por su caracter mismo servir para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otra y, por lo tanto, tienen que quedar en la libre disposición de todos...” (fl. 33).

“Lo primero que debe observarse sobre lo anterior, es que de la frase “sientese, recuéstese, acuéstese”, no puede afirmarse que sea un signo “exclusivamente” descriptivo, porque con ella nada se describe; tal vez habria sido explicable calificar tal frase como “un signo que pueda servir... para designar... el destino” vocablo éste que si esta contenido dentro de las restricciones que consagra el artículo 585 en su numeral 2º, pero, aun así, debe advertirse que esta misma norma exige que sea “exclusivamente”, lo cual no puede afirmarse de la frase discutida.

“La palabra “exclusivamente” es bastante categórica, y por lo mismo no admite interpretaciones extensivas ni menos dudosas.

“Lo exclusivo implica incompatibilidad en la concurrencia con otros elementos y esta singularidad no se da en la indicacion del destino que comercialmente se le asigna a la frase “sientese, recuéstese, acuéstese”.

“Ante esta falta de exclusividad del signo y, sobre todo, frente a la amplitud del contenido de la norma general, considera esta fiscalía que la frase referida si puede ser objeto de registro marcario, y por consiguiente no ha debido negarse la solicitud pretendida.

“En conclusión, en concepto de este despacho debe accederse a las peticiones de la demanda”.

Como no se observa causal de nulidad de la actuación,

#### Para resolver, se considera

La demanda fue presentada por el doctor Germán Cavellier en calidad de agente oficioso de la sociedad anteriormente nombrada y ratificada por la sociedad “Gaviria Zuluaga y Cía., Colectiva”, nombre actual de la “Compañía Elaboradora de Muebles, Ltda.” “CEC” (fls. 59 y vuelto y 60, cuaderno 1º).

El Código de Comercio en vigor contiene dos series de normas en materia de marcas, relativas tanto al aspecto procesal como al sustantivo.

## I. Normas procesales

Se subdividen en dos clases: a) Las atinentes a la forma y trámite de la solicitud (Arts. 587, 589 y 590 del C. de Co.); y b) Las relativas a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro (Art. 591, ibídem).

a) Las normas de la primera clase a su vez se distinguen en: 1º Normas referentes a la solicitud. 2º Normas sobre oposición oficiosa de la administración. 3º Normas de publicidad de la solicitud, y 4º Normas sobre oposición de los particulares.

1º La solicitud deberá ajustarse a lo preceptuado por el artículo 587 del Código de Comercio, el que dispone:

“La solicitud de registro de una marca deberá presentarse en la Oficina de Propiedad Industrial y comprenderá:

“1º La indicación del nombre y domicilio del solicitante.

“2º La descripción de la marca con la enumeración clara y completa de los productos o servicios para los cuales se solicite el registro de la misma; y

“3º Reproducciones de la marca (Decreto 753 de 1972, 3º)”.

El artículo 3º del Decreto 753 de 1972 reglamentó el numeral 3º del transcrito precepto del Código de Comercio así:

“Conforme lo prescribe el ordinal 3º del artículo 587 del citado ordenamiento, toda solicitud de marca deberá formularse con tres ejemplares que la reproduzcan en idéntica forma; cuando se trate de distintivos, se acompañarán muestras de los mismos en igual número, adheridos todos a sendas hojas de papel sellado.

“Se adjuntará asimismo, un grabado o clisé que corresponda exactamente al objeto de la respectiva solicitud, con las mismas dimensiones fijadas para los modelos y dibujos industriales”.

Y el artículo 8º del Decreto 755 de 1972 complementó lo anterior así:

“Cuando por cualquier causa la Oficina de Propiedad Industrial discrepare de la clasificación indicada por el interesado, le señalará la que juzgue correcta para que modifique su solicitud”.

A la solicitud deberán acompañarse, además, los recibos que acrediten el pago de los derechos fiscales y de publicación del extracto de la solicitud en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

Esta etapa constituye el examen de forma de la solicitud.

2º Si ésta reúne los antedichos requisitos, debe la administración examinar si la marca cuyo registro se pretende puede registrarse, al tenor de lo preceptuado por los artículos 585 y 586 del citado Código de Comercio (Art. 589, C. de Co.).



Es la etapa de la oposición oficiosa de la administración.

3º Si la Oficina de Propiedad Industrial considera la solicitud aceptable, se ordenará la publicación de su extracto en la Gaceta de la Propiedad Industrial (Art. 590, inciso 1º).

4º Dentro de los treinta días siguientes a la publicación del referido extracto, cualquiera persona podrá oponerse al registro de la marca (Art. 590, inciso 1º, **fine**).

Presentada la oposición, la Oficina de Propiedad Industrial señalará un término de prueba de treinta días, así: diez para pedir las y veinte para practicarlas (Art. 590, inciso 2º).

Las pruebas se practicarán, obviamente, en la mencionada Oficina.

Es la etapa de la oposición de los particulares.

b) Las normas procesales de la segunda clase o relativas a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro son:

1º Las relativas a la decisión de la oposición: corresponde a la Oficina de Propiedad Industrial resolver sobre la oposición.

Ya lo ha dicho esta corporación y se reitera en este fallo, que los artículos 587, 589, 590 y 591 forman un todo que rige la tramitación administrativa de la solicitud de registro de una marca. (Fallo, Sala Plena, noviembre 28, 1975, Exp. 10017).

Antes de la vigencia del Código de Comercio de 1971, correspondía a la justicia ordinaria el trámite de las oposiciones de los particulares al registro de marcas, oposiciones que suspendían el procedimiento administrativo para dar lugar a la contención civil, resuelta la cual volvía el expediente a la Oficina de Propiedad Industrial para continuar la tramitación, si la oposición fracasaba, o para archivar la solicitud, si prosperaba.

El Código de Comercio en vigor atribuyó a la administración el trámite y decisión de esta oposición (Art. 591).

2º Lo pertinente a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro está contemplado por el artículo 591.

Si no hubiere oposición o ésta fuere negada, se ordenará por medio de resolución el registro de la marca. En firme la respectiva providencia, se expedirá por la Oficina de Propiedad Industrial un certificado **en forma de diploma**, para acreditar el derecho. Este certificado (todo, no sólo un extracto del mismo), se publicará por una sola vez en la Gaceta de la Propiedad Industrial (Art. 591).

Tanto en la resolución como en el certificado se determinará la clase para la cual se concede la marca, conforme a la solicitud.

Todo certificado deberá referirse a una sola clase de las establecidas por el Decreto 755 de 1972 (Art. 9º, *ibidem*).

En esta etapa pueden distinguirse nítidamente dos procesos: el gubernativo de concesión, que culmina con la resolución que ordena el

registro de la marca y la expedición del certificado, y el proceso gubernativo de expedición y registro del título.

No sólo por lo anteriormente dicho, sino también porque el artículo 616 del Código de Comercio habla de la "concesión de la marca" y de su inscripción en la Oficina de Propiedad Industrial, debe la Sala subrayar que el **proceso gubernativo de concesión** culmina con la expedición de un acto administrativo, la resolución que concede u ordena el registro de la marca pedida para la clase o clases solicitadas; en tanto que el **proceso gubernativo de "inscripción" o "registro"** consiste en la expedición del certificado o certificados de registro para cada clase y en la inscripción del mismo o de los mismos en la Oficina de Propiedad Industrial.

Son, pues, dos actos administrativos diferentes pero necesarios en su conjunto para que el solicitante adquiera el derecho al uso de la marca registrada y al privilegio que del registro surge, no sólo frente a la administración sino frente a terceros, éstos, de la resolución que concede el registro y del certificado en que consta el derecho, debidamente inscrito como lo previene el artículo 616, certificado que es un acto de ejecución del que ordena el registro. En caso de acción contencioso administrativa, es preciso acusar ambos actos y no sólo uno de ellos, porque la acción que concede el artículo 596 es contra el certificado; mas si no se demandare la nulidad de la resolución al mismo tiempo, ésta continuaría en vigor y produciría efectos como acto administrativo firme.

Y si la demanda se enderezare sólo contra la resolución, el certificado continuaría en pleno vigor, ya que según la citada norma es preciso pedir su nulidad. Sobre este particular reitera la Sala la doctrina contenida en el fallo de fecha marzo 22 de 1976, expediente número 2095.

## II. Normas sustanciales

Son las relativas al examen de fondo de la pretensión contenida en la solicitud.

Mediante el proceso gubernativo que se surte ante la Oficina de Propiedad Industrial, al tenor de las normas precedentemente analizadas, la administración efectúa ese examen en dos oportunidades: a) Al formular "oposición oficiosa"; y b) Al decidir de la "oposición de cualquiera persona".

a) Las "**oposiciones de derecho público**", es decir, las que formula la propia administración, se califican también de "oposiciones de policía oficiosa" u "oposiciones policivas", nombres éstos que no dan una idea clara de la naturaleza de tales oposiciones.

Admitida desde el punto de vista formal la solicitud, debe la administración examinar de oficio si la marca cuyo registro se solicita puede registrarse, por no hallarse comprendida en ninguna de las causales que, al tenor de los artículos 585 y 586 del Código de Comercio, impiden el registro de un signo distintivo como marca (Art. 589, ibidem).

Es característica de estas "oposiciones oficiosas" de la administración, el que la Oficina de Propiedad Industrial actúa en interés de la ley. Su decisión en el sentido de que la marca solicitada no puede registrarse se pondrá en conocimiento del solicitante quien, en el término de treinta días, deberá exponer las razones que sustentan su solicitud (Art. 589, inciso 1º, C. de Co.).

Vencido dicho término, la Oficina decidirá de conformidad con los hechos que aparezcan en el expediente, al cual obviamente podrá agregar la propia administración, por conducto del funcionario que tramite la solicitud, toda clase de información (Art. 589, incisos 2º y 3º).

Contra la decisión negativa de la Oficina de Propiedad Industrial cabe el recurso de apelación ante la Superintendencia y contra ambos actos, el recurso contencioso administrativo en acción de plena jurisdicción. Sin perjuicio de intentar el recurso de apelación en subsidio del de reposición contra la resolución de la Oficina de Propiedad Industrial, al tenor de lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959.

En todo caso, es preciso agotar la vía gubernativa.

b) Las "oposiciones de derecho privado", son las que formulan los particulares durante el término de que trata el artículo 590 del Código de Comercio, según el cual:

"Si la solicitud fuere aceptada, se ordenará la publicación de un extracto. Dentro de los treinta días siguientes a la publicación, cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca.

"Presentada la oposición, la Oficina de Propiedad Industrial señalará un término de prueba de treinta días así: diez para pedir las y veinte para practicarlas".

Ya ha dicho el Consejo y lo reitera la Sala en esta oportunidad, que la competencia tanto para tramitar como para decidir esta clase de oposiciones corresponde a la Oficina de Propiedad Industrial y no a la justicia ordinaria (sentencias del 24 de septiembre de 1975 y del 22 de marzo de 1976, expedientes 1930 y 2095).

Se ha sostenido que las llamadas "oposiciones de derecho público" deben ser decididas por la administración, no así las de los particulares. No obstante, es un error afirmar que las primeras se fundan exclusivamente en normas de "derecho público", en tanto que las segundas tienen su sustento en normas de "derecho privado", porque tanto las unas como las otras pueden basarse en la contrariedad de la solicitud con los artículos 585 y 586 del Código de Comercio. Es decir, que pueden fundarse unas y otras en normas de derecho público y en normas que tutelan el interés de los particulares. Desde este punto de vista, pues, no existe la pretendida distinción.

En cambio, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en fallo de la Sala Plena del 28 de septiembre de 1973 ("Foro colombiano" N° 52, octubre de 1973, Pág. 435 y ss.), los artículos 589 a 591 del Código de Comercio forman parte de un procedimiento administrativo, el que culmina con la aceptación o rechazo de la oposición, lo que según el artículo 591 corresponde a la propia administración.

De allí que sea mejor calificar las oposiciones en examen de "oposiciones officiosas de la administración" y "oposiciones a instancia de parte", nombre éste preferible al de "oposiciones de los particulares", porque también una entidad de derecho público, vr. gr., un departamento o un municipio, puede presentarlas.

La "oposición a instancia de parte" debe basarse, bien en que el signo distintivo cuyo registro como marca se pide, contraría las normas de "derecho público" contenidas en el artículos 585, Código de Comercio, bien porque esté comprendido dentro de lo dispuesto por el artículo 586, cuyos seis numerales se encaminan principalmente a tutelar intereses; los cuales pueden ser de particulares o de entidades de derecho público, como arriba se dijo, pero a los que no puede calificarse propiamente de "intereses públicos" protegidos por "normas de derecho público".

La distinción en estudio se hace patente frente a lo dispuesto por el artículo 586 del Código de Comercio, según el cual:

"El certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infringieron las disposiciones de los artículos 585 a 586; pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite. De esta acción conocerá el Consejo de Estado".

Esto es, que si la demanda se fundamenta en normas "de derecho público", en interés general, esto es en el artículo 585, Código de Comercio, no habrá término de caducidad o prescripción de la acción; en tanto que cuando se base en el quebranto del artículo 586, ibídem, la acción caducará a los cinco años contados a partir de la fecha del registro de la marca.

Esta caducidad opera aunque el demandante sea una entidad de derecho público, tal como un departamento o un municipio.

### El caso sub judice

El proceso que se decide se originó en virtud de una "oposición officiosa de la administración".

Las razones de ésta se hallan contenidas en los actos acusados, los cuales se transcribieron anteriormente. (Resolución N° 00808 de mayo 24 de 1973, fls. 16 y 17, C. 1° y Resolución N° 127 de febrero 15 de 1974, que confirmó la anterior, fls. 28 a 33).

No está de acuerdo la Sala con las anteriores razones de la Oficina de Propiedad Industrial y de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, como lo anota el señor apoderado de la sociedad actora, la regla general es la de que **todo** signo que sirva o se halle destinado a distinguir los productos o servicios" de una empresa, es susceptible de registrarse como marca (Arts. 583 y 584, C. de Co.). Para que esto no sea posible, tal signo debe hallarse comprendido en las prohibiciones de que tratan los artículos 585 y 586 del Código de Comercio.

Lo dicho es aplicable a los lemas o frases de propaganda, ya que se les considera también como signos distintivos.

Para saber si el signo cuyo registro se pidió por la actora cumple los requisitos enunciados, es preciso ver, en primer lugar, si ese signo es **distintivo** y, en segundo término, si su registro no está prohibido por la ley.

### El signo distintivo

Resumiendo lo que expresan autores como Ramella ("Tratado de la propiedad industrial", tomo 2º, Nº 435), Aracama-Zorraquín ("Revista del BIRPI", "La propiedad intelectual", Nº 3 de 1969, Pág. 129). Breuer Moreno ("Tratado de marcas", 1946, Editorial Robis, Pág. 69, número 58), Gabino Pinzón ("Introducción al derecho comercial", Temis, 1966, Pág. 326), Rangel Medina ("Derecho marcario", Pág. 171) y Carrillo Ballesteros y Morales Casas ("La propiedad industrial", Temis, 1973, Págs. 203 y ss.), son características esenciales y al mismo tiempo condiciones de fondo de una marca: la **nóvedad**, la **especialidad** y la **licitud**.

La **nóvedad** debe entenderse en sentido relativo, no absoluto, como es el caso de las nuevas creaciones, vr. gr., de las invenciones. Tampoco se exige, como en éstas, que la marca sea creación de quien solicita su registro.

El signo puede ser el más banal, si con anterioridad a su registro no se ha identificado con el producto, si no ha llegado a ser su nombre corriente o uno de sus nombres usuales, si no ha pasado a ser la designación precisa del producto que pretende proteger, o de su naturaleza o de su función industrial.

El artículo 585 del Código de Comercio nos dice cuándo debe considerarse un signo como carente de esta novedad relativa, a saber:

1º Cuando consista en una forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial, vr. gr.: las expresiones "aceite" o "lubricante" para distinguir productos de la clase 4ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972.

Igualmente no es registrable la palabra "cacao", para distinguir una especie de chocolate, comprendida en la clase 30 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972: pero en cambio puede registrarse la palabra "tigre" para designar ese producto.

2º Tampoco pueden registrarse como marcas los signos que sirvan exclusivamente en la industria y el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios (numeral 2º del Art. 585).

Para que un signo carezca de novedad ha de ser **exclusivamente** "descriptivo" o exclusivamente "evocativo".

Se requiere que no exista novedad ni gráfica, ni fonética, ni ideológica. Porque si en el signo se encuentra un elemento siquiera novedoso, no habrá evocatividad o descriptividad.

sita explicaciones adicionales, que esta prohibición se extiende a las comisiones del Congreso y a cada uno de sus miembros en particular. Por último, el ordinal 5º del Art. 118 de la Constitución Nacional, dice que corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso, "dar a las cámaras legislativas los informes que soliciten sobre negocios que no demanden reserva". De modo que, de acuerdo con las disposiciones constitucionales —se entiende que por ministerio de la Constitución o de la ley—, conservan ese carácter en relación con el Congreso y con cada una de sus Cámaras, lo mismo que con las Comisiones y con los miembros de cada una de ellas. Y esto, en armonía con todo lo antes dicho, es apenas natural. No puede ser de otra manera sin que se viole el principio de la separación de los poderes y sin que pierdan su vigencia las disposiciones y garantías constitucionales que varias veces se han mencionado a lo largo de este estudio. (Concepto de febrero 4 de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y autorizada su publicación mediante oficio 080 de marzo 3 de 1976).

9

17. CONSTITUCION POLITICA.

*Significado de sus artículos 32 y 120 ordinal 14.*— El artículo 32 de la Constitución instituye la intervención político-económica del Estado, "por mandato de la ley", mientras que el artículo 120-14 de la misma Carta consagra una facultad administrativa del Presidente de la República, esencialmente diferente de la anterior, tendiente a tutelar y por lo mismo a evitar su defraudación, del ahorro de los particulares confiado a las personas que tengan por objeto la intermediación financiera. Tal fue el criterio sustentado por la Sala, en la sentencia del 14 de junio de 1974, no analizado ni menos rebatido en el fallo de que me aparto, proferido por la mayoría. (Salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo a la sentencia de febrero 4 de 1976 en que fue ponente el Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla).

57

18. CONTRATOS DE APARCERIA.

*Se suspenden provisionalmente los efectos del literal c) del artículo 7º y del literal a) del artículo 21, del Decreto 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975".*— El Decreto 2815 de 19 de diciembre de 1975, firmado por el Presidente de la República y los Ministros de Agricultura y de Trabajo y Seguridad Social "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975", dispone, en su artículo 7º, literal c): Artículo 7º son obligaciones de la parte que suministra la parcela, las siguientes: "...c) Suministrar al aparcero para su uso y aprovechamiento exclusivo, una porción de tierra equivalente al 5% del área objeto de contrato de participación, en el lugar que determinen, preferencialmente en el sitio próximo a la vivienda que se le haya destinado al aparcero, con libertad para establecer en ella cultivos de pronto crecimiento, básicos para

su alimentación. Esta obligación sólo existirá cuando se trata de la explotación de parcelas de extensión menor de veinte (20) hectáreas en los suelos de las clases V, VI, VII y VIII o IV, de acuerdo con las clasificaciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi". Y el artículo 21; literal a) del mismo decreto, dice: Artículo 21: "Cuando el contrato celebrado entre el propietario y el aparcerero o grupo de aparceros tenga como objeto la siembra de pastos, se observarán estas normas: a) El propietario entregará al aparcerero o grupo de aparceros para su uso y goce exclusivo de una parcela que en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) hectáreas". Y la norma que se pretendió reglamentar; artículo 6º de la Ley 6ª de 1975, previene: Artículo 6º: "Los contratantes *podrán determinar* que el propietario entregue al aparcerero adicionalmente a la parcela dada en aparcería, una porción de tierra para su uso y goce exclusivo ubicada en el lugar en que aquellos convengan, de preferencia en un sitio próximo a la vivienda del aparcerero, con derecho a establecer en ella cultivos de pronto rendimiento, básicos para la alimentación. El aparcerero deberá restituir el lote a la terminación del contrato, pero tendrá derecho a un plazo adicional para el solo efecto de recolectar los frutos pendientes". Sabido es que en la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (Art. 120, ordinal 3º, Constitución Política), no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o adicionar las leyes. En el caso *sub judice*, mientras la Ley 6ª de 1975, en su artículo 6º faculta a los contratantes para determinar la entrega al aparcerero, de una porción de tierra para su uso y goce exclusivo, las normas acusadas, convierten esa facultad de los contratantes, esa posibilidad de que mediante mutuo acuerdo el aparcerero reciba el citado beneficio, en *una obligación* para el propietario, como expresamente lo dicen las normas acusadas: "*Son obligaciones* de la parte que suministrará la parcela... reza el artículo 7º impugnado ... el propietario entregará..." afirma el artículo 21, literal a) acusado. Basta, pues la simple comparación de las normas acusadas con la ley reglamentada, para que surja diáfana y manifiesta la violación de la norma positiva superior, lo que hace procedente la suspensión provisional impetrada. (Auto de 9 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Hernando Carvajal Ortiz. Acción de simple nulidad del literal c) del artículo 7º y literal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975, reglamentario de la Ley 6ª de 1975). . . . .

388

## D

### 19. DEMANDA.

*Disposiciones violadas y concepto de la violación (Arts. 84 y 210 C. C. A.). Finalidad de este requisito. Facultad del juzgador para interpretarla.*— Los artículos 84 y 210 del Código Contencioso Administrativo, señalan los requisitos que debe contener la demanda, entre ellos, "la expresión de las disposiciones que se *estimen violadas* y el concepto de violación". Estos preceptos tienen por finalidad circunscribir el examen de los cargos a las disposiciones invocadas y a

los conceptos de violación habida consideración de la necesidad de facilitar el juzgamiento, sin obligar al juez, como sí sucede en los casos en que la Corte, de conformidad con los artículos 121, 122 y 214 de la Carta, ejerce el control de constitucionalidad (Arts. 2º de la Ley 96 de 1936 y 29 del Decreto 432 de 1969), a proferir su decisión mediante la verificación del acto acusado con todas y cada una de las normas pertinentes, de jerarquía superior, hayan o no sido invocadas como infringidas en la demanda. La diferencia de régimen, a este respecto, entre el control de constitucionalidad y las acciones tendientes a la nulidad de los actos administrativos, del conocimiento de esta jurisdicción, se explica porque, mientras aquél implica la confrontación de los textos constitucionales, fácilmente conocibles, éstas suponen el examen frecuente de un conjunto, disperso e inasible, de normas comprendidas en toda la gama de la jerarquía normativa. De ahí que el efecto de la sentencia proferida mediante acción de nulidad, como la propuesta, aunque erga omnes, esté limitado por las disposiciones invocadas y los conceptos de violación, y que sea jurídicamente posible promover una nueva acción contra un acto, declarado válido en juicio anterior, si los fundamentos jurídicos son diferentes. Pero esto no obsta para que el juzgador, como la Sala ha afirmado reiteradamente, pueda interpretar la demanda con base en su contexto teniendo en cuenta, más que sus términos literales, su significación intrínseca. (Sentencia de abril 26 de 1976; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo. Actor: Gilberto Lozano. Electoral). . . . .

449

## 20. DROGAS Y ESPECIFICACIONES FARMACEUTICAS.

### *Control e inspección sobre su fabricación, importación y venta.*

Un examen de la legislación colombiana en materia de drogas y especialidades farmacéuticas durante los últimos cincuenta y cinco años, permite concluir que, por lo menos desde 1920 en virtud de la Ley 11 de ese año, está instituido en el país un control específico sobre su fabricación, importación y venta en orden a la protección de la salud del pueblo. Dicho control, rudimentario al comienzo lo encomendó la ley (Art. 3º) a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas cuya composición se determinó en la misma disposición. Desde entonces el Gobierno quedó facultado expresamente para reglamentar, la importación y venta de tales productos (Art. 4º ibídem). En la ley marcaría del año 25, se expresó paladinamente que las normas reguladoras del control aludido eran diferentes e independientes al régimen marcario, en cuanto prescribió que "las composiciones farmacéuticas, medicamentos, bebidas o alimentos de cualquiera especie y forma, para uso humano, quedarán a los decretos y reglamentos especiales que sobre la materia dicte el poder ejecutivo" (parágrafo del artículo 5º de la Ley 31 de 1925). En virtud de la Ley 116 de 1937, se modificó la composición de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas y se hizo extensivo el control a los anuncios de las especialidades farmacéuticas y a la literatura sobre el producto. En el artículo 4º de esta ley, a propósito de la revisión de las licencias ya otorgadas, se precisó, el alcance y la finalidad de



la inspección y del control gubernamental sobre esta clase de productos, así: "Garantizar que el producto corresponda a la fórmula autorizada, que su calidad sea buena y que no entre en su composición, ningún elemento o ingrediente perjudicial para la salud". En desarrollo de los indicados preceptos legales se dictaron sucesivos decretos a través de los cuales se diseñó el control de tales productos. Entre ellos pueden mencionarse los siguientes: Decreto 1705 de 1932, 2135 de 1933, Decreto 786 de 1940, Decreto 1032 de 1943. Más tarde, por virtud de la Ley 84 de 1946 (Art. 5º) se creó el Departamento de Farmacia como una dependencia del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social con la función específica de ejercer "la inspección y el control de los medicamentos y estupefacientes" como disposiciones reglamentarias de esta disposición legal se dictaron, entre otros los siguientes Decretos: 0750 de 1947, 2190 de 1947, 2379 de 1947, 2713 de 1947, 2251 de 1948, 1174 de 1950, 0456 de 1959. En el Decreto 2713 de 1947, se instituyó para la importación, elaboración y venta de medicamentos, alimentos y cosméticos, los cuales debían ser otorgados por el Departamento Jurídico del Ministerio previo concepto técnico del Laboratorio de Control sobre la composición del producto, sus dosificaciones y sus indicaciones terapéuticas. Por medio de la Ley 32 de 1948 se transfirieron las atribuciones de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas al Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene y al Instituto de Higiene Samper Martínez, en lo relativo al control sobre la importación, preparación y venta de drogas, alimentos y cosméticos y se dispuso el régimen fundamental de las respectivas licencias con duración de diez años. Asimismo se expresó como objetivo principal de dicho control, la "protección de la salud colectiva". En desarrollo de la Ley 32 de 1948 y de las demás atinentes a la materia que ocupa la atención de la Sala, se expidió el Decreto 2228 de 1962 que contenía una minuciosa reglamentación sobre el control de drogas. Este fue sustituido por el Decreto 1528 de 1963 dictado como consecuencia de la reorganización administrativa del Ministerio de Salud. En el año de 1968 fue reorganizado de nuevo este Ministerio por medio del Decreto-ley 2470 de 1968, en cuyo artículo 19 se atribuyó a la Sección de Control de Drogas y Productos Biológicos el ejercicio de las correspondientes funciones legales y reglamentarias sobre la materia. Por último, en virtud del Decreto-ley 621 de 1974, también reorgánico del Ministerio de Salud, se adscribieron esas mismas funciones a la Dirección General de Vigilancia y Control, con la asesoría de un consejo para el licenciamiento de drogas y biológicos al cual le corresponde rendir concepto para el otorgamiento de *licencias y registros* de todas "las drogas, medicamentos, cosméticos, alimentos, bebidas alcohólicas, rodenticidas, detergentes" y "todos aquellos productos, aparatos, equipos e instrumentos *que incidan en la salud individual o colectiva, o que pueden tener peligrosidad por su contacto con él ser humano*" (Arts. 18 y 27 del expresado decreto con fuerza de ley). A raíz de esta última reorganización administrativa, el Gobierno, en ejercicio de la competencia administrativa ordinaria que le atribuye el artículo 120-3 de la Constitución Nacional expidió un nuevo estatuto reglamentario de las disposiciones legales sobre inspección y control de drogas y otros productos. Tal estatuto está contenido en el Decreto 281 de 1975, del cual forma parte

el artículo 25 que es objeto de la pretensión de nulidad formulada en este proceso. En él se desarrollan los procedimientos para el otorgamiento de licencias y concesión de registros, duración de los mismos, renovaciones, revisiones y sanciones por infracción de las normas pertinentes. Del examen de las disposiciones que se han mencionado se viene en conclusión de lo siguiente: 1º Que por ministerio de la ley existe un control e inspección gubernamental sobre los productos en referencia. 2º Que ese control se ejerce a través de un sistema de licencias y de registro igualmente creado por la ley. 3º Que la finalidad de dicha inspección y de tal control es preservar la salud individual y colectiva. Materia bien diferente a ésta es la que concierne al régimen de la propiedad industrial contenido en el título II del Código de Comercio y en el cual a través de otro sistema de licencias y de registros se persigue desarrollar la garantía constitucional de esta modalidad del dominio o propiedad. Ya la Ley 31 de 1925 antiguo estatuto de la propiedad industrial subrayó no sólo la diferencia de naturaleza entre los dos sistemas normativos, determinada por la diversidad de fines que se persiguen con uno y otro, al expresar que las composiciones farmacéuticas, los medicamentos, etc. debían someterse, además de las normas sobre propiedad industrial, a las especialidades que sobre ellos se dicten, (Sentencia de marzo 5 de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Acción de nulidad contra los ordinales a), b), c), d), e), f), g), h), i) del artículo 26 del Decreto reglamentario Nº 281 de 1975. Actor: Andrés Rodríguez Pizarro). . . . .

47

## E

## 21. ELECCIONES.

*Interpretación y aplicación del artículo 15 del Decreto 3254 de 1963, relativo al no funcionamiento de mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se creen o se restablezcan a partir del primero de enero del año en que han de verificarse las elecciones.*— El artículo 15 del Decreto 3254 de 1963, dice textualmente "Para las elecciones no funcionarán mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se creen o restablezcan, a partir del primero de enero del año en que se verifiquen las elecciones". No puede remitirse a duda que un alto porcentaje de la población ejercita el derecho de sufragio en las veredas o corregimientos, dado que para el campesino resulta frecuentemente difícil el traslado en los días de elecciones a la cabecera del municipio para ejercitar aquel derecho y cumplir ese deber. En orden al ejercicio de los derechos ciudadanos, entre los cuales el del sufragio ocupa lugar principalísimo, el Gobierno tiene el deber de facilitar, hasta donde le sea posible, aquella función, esencial dentro de un régimen democrático como el que rige entre nosotros. No se justifica en modo alguno que por no suministrar a la inmensa masa de la población campesina las facilidades indispensables para el ejercicio de su derecho de elegir, buena parte de ella se encontrara en circunstancias de no poder satisfacer la obligación de que se viene tratando. A

juicio de la Sala, es necesario distinguir entre la creación o restablecimiento de las inspecciones de policía de que trata el artículo 15 del decreto antes citado, y la provisión o nombramiento del personal encargado de desempeñar esas funciones. El artículo 15 del Decreto 3254 de 1963 establece simplemente que no podrán funcionar mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía que se crean o se restablezcan a partir del 1º de enero del año en que se verifiquen las elecciones. Lógicamente, a contrario sensu, en los corregimientos e inspecciones de policía, creados con anterioridad al 1º de enero del año en que se verifiquen las elecciones, pueden establecerse mesas de votación, aun cuando el personal encargado de aquellas funciones no haya sido designado con anterioridad al 1º de enero del año en que se verifiquen las elecciones. De acuerdo con lo anterior, si los corregimientos e inspecciones de policía fueron creados con anterioridad al primero de enero, el personal encargado de desempeñar esas funciones puede ser designado con posterioridad a la fecha últimamente indicada y antes de las elecciones. En este caso podrán funcionar, de acuerdo con el Decreto 3254, mesas de votación en los corregimientos e inspecciones de policía a que se viene haciendo alusión. Tal vez no esté de más observar que si para que funcionen mesas de votación en los corregimientos e inspecciones creados con anterioridad al 1º de enero del año en que han de verificarse las elecciones, fuera necesario designar al personal encargado de aquellas funciones, también con anterioridad al 1º de enero, se le ocasionarían al Tesoro Público muy cuantiosas erogaciones que en la mayoría de los casos no tendrían justificación alguna. De acuerdo con lo anterior se contesta así al señor Ministro de Gobierno: 1º Es indispensable tener en cuenta, para efectos de la instalación de las mesas de votación, el solo acto de creación de los corregimientos y de las inspecciones antes del primero de enero a que se refiere el artículo 15 del Decreto 3254 de 1963. No es necesario que esos corregimientos e inspecciones creadas con anterioridad al 1º de enero estén funcionando como tales antes de esta misma fecha. Deben estar funcionando, eso sí, y como es obvio, en tiempo prudencial anterior a las elecciones. (Concepto de 23 de marzo de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante oficio 0657 de marzo 24 de 1976 de ese Ministerio).

42

## 22. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.

*Creados por los concejos municipales, son de carácter municipal, su gerente es funcionario público municipal.*— En el caso concreto de los establecimientos públicos creados por los concejos municipales con base en las atribuciones del ordinal 4º del artículo 197 de la Constitución Nacional, vale añadir, para calificarlos desde el punto de vista de la entidad territorial a que pertenecen, y aún cuando parezca ello superfluo, que los concejos municipales son corporaciones administrativas que ejercen sus atribuciones exclusivamente dentro del respectivo Distrito, sólo en cuanto se relaciona con el manejo de los bienes de éste y con la organización y estructuración de la administración municipal respectiva (Arts. 196 y 197 de la C. N. y

169 del C. de R. P. y M.) y no tienen ingerencia alguna en los asuntos de otros municipios. Por otra parte, los organismos de que se viene tratando, así creados a iniciativa del Alcalde, como dice la Constitución, lo son con recursos, bienes y rentas de propiedad del municipio, prestan servicios a los habitantes de éste dentro de esa comprensión territorial y se manejan o administran en armonía con los ordenamientos dictados por los concejos con base en sus atribuciones constitucionales y legales. Por último, si la administración municipal comprende de acuerdo con el inciso 2º del artículo 141 del Código de Régimen Político y Municipal, todo lo relativo al manejo de los intereses del respectivo municipio, no puede remitirse a duda que los establecimientos públicos creados por el concejo municipal con base en el ordinal 4º del artículo 197 de la Constitución, son entidades que no por descentralizadas, con personería jurídica y con autonomía administrativa, dejan de ser municipales y caen o están comprendidas dentro del concepto general de administración del respectivo Distrito. Son establecimientos públicos de carácter municipal. Por otra parte, si el establecimiento público con personería jurídica y autonomía administrativa, ha sido creado por el concejo, a iniciativa del Alcalde, o por éste en virtud de facultades otorgadas por aquél, y si esa organización implica obviamente la expedición, por parte de la entidad municipal que le dio vida, de reglamentos o normas para su cabal funcionamiento, lo mismo que la creación de los cargos o empleos que un organismo de ese tipo reclama, entre los cuales está el gerente que ha de llevar su representación y bajo cuya responsabilidad funciona ese organismo, no hay duda que ese gerente, es funcionario público municipal: su cargo ha sido creado por el municipio, presta servicios en un establecimiento municipal, es designado por una entidad o autoridad municipal y es pagado con fondos o recursos de propiedad del municipio. (Concepto de febrero 11 de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Consulta formulada por el señor Ministro de Justicia y autorizada su publicación por oficio N° 035 de febrero 24 de 1976 de ese Ministerio). . . . .

20

### 23. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y EMPRESAS INDUSTRIALES O COMERCIALES DEL ESTADO.

*Se declara la nulidad del siguiente aparte del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2284 de 1974 únicamente en cuanto se predica de las empresas industriales o comerciales del Estado y salvo excepción consagrada en sus estatutos básicos: "No podrán aumentar las asignaciones a sus empleados". Los establecimientos públicos.— En los términos del párrafo del artículo 154 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional (Decreto-ley N° 294 de 1973), se condicionaba la modificación de las plantas de su personal y la variación de los grados ocupacionales de los cargos comprendidos en ellas, a la previa aprobación del Gobierno. Por consiguiente, la autonomía de esos institutos quedó reducida a una simple iniciativa en esos casos dos aspectos de su administración, susceptible de alcanzar firmeza jurídica mediante el acto aprobatorio del Gobierno. La planta de personal está constituida por el conjunto de empleos adscritos al res-*

pectivo organismo, de suerte que una modificación de ella, consiste en el aumento o en la disminución de aquéllos. El grado ocupacional corresponde con el nivel de remuneración básico asignado a determinado cargo habida consideración de la clase dentro de la cual se agrupe la serie correspondiente; de suerte que una modificación en el grado ocupacional es una modificación del sueldo básico, bien para aumentarlo, ya para disminuirlo. Por consiguiente, a la luz de lo preceptuado en el párrafo del artículo 154 antes citado, los establecimientos públicos sólo podrán aumentar o disminuir empleos y asignaciones una vez que obtuvieran la aprobación del Gobierno. Posteriormente se dictó el Decreto-ley 2554 de 1972 en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 2ª de 1973, por medio del cual se fijó el sistema de clasificación y remuneración para las distintas categorías de empleos de los establecimientos públicos del orden nacional. Por el artículo 5º de dicho decreto se estableció una escala de remuneración y una nomenclatura de empleos a la cual debían adecuarse las correspondientes plantas de personal dentro de un término perentorio que venció el 1º de abril de 1974. O sea que a partir de esta fecha la escala de remuneración en este tipo de organismos descentralizados quedó señalada con fuerza de ley, y por lo tanto desapareció toda posibilidad de modificar las asignaciones del personal por acto emanado del organismo o del Gobierno; en efecto, una vez que cada empleo en particular quedó catalogado dentro de una serie, dentro de una clase y en un grado determinado, el sueldo básico que le correspondiera quedó igualmente determinado por la escala de remuneración establecida en el mismo decreto. De esta suerte la única posibilidad de aumento o de disminución de asignaciones quedó deferida a la ley, a través de una modificación de la escala, o sea que se privó al Gobierno y a los establecimientos públicos de toda competencia sobre la materia. Pero les restaba aún capacidad para someter a la aprobación del Gobierno, modificaciones de la planta misma del personal, ampliándola o restringiéndola. Sin embargo esta facultad vino a desaparecer por virtud de la vigencia del Decreto-ley 1982 de 1974, dictado en ejercicio de las atribuciones extraordinarias del artículo 122 de la Constitución Nacional, en cuyo artículo 9º se consagró la prohibición absoluta de "abrir créditos suplementales o extraordinarios con el fin de atender gastos causados por la creación de nuevos empleos en los presupuestos de los organismos descentralizados. En consecuencia la prohibición de aumentar asignaciones sin previa autorización del Gobierno, contenida en la disposición reglamentaria, es decir en el artículo 2º cuya nulidad se demanda, no puede considerarse ilegal en el concepto que aduce el actor dado el examen que se hizo anteriormente. Podría merecer reparo tal prohibición en concepto de que ella no es absoluta, sino relativa en cuanto es posible el aumento con la previa autorización del Gobierno, pero como ese cargo de ilegalidad no ha sido formulado, la Sala se abstiene de hacer consideraciones al respecto. *Las empresas comerciales e industriales del Estado.* Las empresas industriales y comerciales del Estado son personas jurídicas, con autonomía administrativa y patrimonial respecto de la administración central pero sometidas al régimen de tutela previsto en la ley. El grado de su autonomía y el grado de la tutela están determinados por la ley por el acto de su creación y por sus estatutos,

habida consideración del objeto de su actividad industrial o comercial. En principio, la autonomía administrativa las habilita para disposición legal o estatutaria en contrario para señalar la planta de su personal, con excepción del nivel directivo (junta o consejo directivo, gerente, director o presidente) que está predeterminado en las leyes orgánicas de esta clase de servicios (Art. 16 y ss. del Dto. 3130 de 1968); el artículo primeramente citado le asigna a la junta o al consejo directivo, como función específica la facultad de señalar el personal al servicio de la institución y más aún la de determinar su estructura administrativa sin sujeción a las pautas generales que rigen para los establecimientos públicos (Art. 24 Decreto 3130 de 1968). Lo anterior significa que en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado y de las de economía mixta en las cuales el aporte estatal sea o exceda del 90% (Art. 3º Decreto 3130 de 1968 y 464 del C. de Co.), sus juntas o consejos directivos disponen en principio, salvo excepción expresa consagrada en sus propios estatutos básicos, de un poder discrecional para los efectos indicados, que la ley les otorga con la finalidad de lograr una mejor adecuación de su organización con los fines que persiguen y con la índole propia de las actividades que deben desarrollar. Sin embargo una norma superior, con fuerza de ley, el Decreto 1982 de 1974, artículo 9º limitó esa discrecionalidad en punto a la creación de nuevos empleos, cuando prohibió la apertura de créditos suplementales o extraordinarios destinados a atender gastos que tuvieran esa causa. Pero como quiera que no existe disposición legal o con fuerza de tal que limite por otros conceptos la discrecionalidad apuntada, debe entenderse que los órganos directivos de las entidades que nos ocupan, disponen de las atribuciones necesarias en orden a señalar autónomamente las asignaciones de su personal, sin que tal facultad pueda limitarla el Gobierno en uso de la potestad reglamentaria, pues una disposición en tal sentido implicaría un desbordamiento de lo preceptuado en el artículo 120-3 de la Constitución Nacional, y una invasión de la órbita legislativa (Art. 76 de la C. N.), con el siguiente desconocimiento de un principio legal, como es el de la autonomía acordada a tales entidades. Por medio del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2884 de 1974 se dispuso que las empresas industriales o comerciales del Estado no podrán aumentar las asignaciones a sus empleados, ni crear nuevos empleos sin previa autorización del Gobierno expresada por conducto de la Dirección General de Presupuesto. En cuanto a la limitación para crear empleos nuevos, el reglamento se limita a reiterar la disposición con fuerza de ley contenida en el Decreto legislativo 1982 de 1974 y por ese concepto no ofrece ningún reparo; mas en relación con el aumento de asignaciones se trata de un precepto nuevo que no sólo carece de fundamento en la ley, sino que, como se dijo antes, quebranta el principio legal de la autonomía de esos organismos descentralizados. (Sentencia marzo 15 de 1975; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Acción de nulidad contra el artículo 2º Decreto 2284 de 1974. Actor: Gustavo Rodríguez). . . . .

24. EXPROPIACION.

*Procedimiento de la actuación jurisdiccional de consulta ante lo contencioso administrativo, en relación con las providencias adminis-*

*trativas sobre expropiación. Se declara la nulidad de los siguientes apartes de las disposiciones del Decreto reglamentario 1576 de 1974: "El auto que resuelva favorablemente la solicitud ante el tribunal, no requiere notificación..." "Artículo 38... el presidente del tribunal procederá a repartir el negocio el mismo día de su llegada... vencido el plazo anterior, el tribunal dispondrá de un día para decidir si acepta o no la consulta... o estuviere basada en nulidad por vicios en la actuación administrativa... dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que lo ordene..." Artículo 40. Si el trámite administrativo se adelantó de conformidad con los ordenamientos legales. En caso negativo, y sin pronunciamiento de fondo sobre la calificación de las tierras o viabilidad de la expropiación, ordenará rehacer el procedimiento defectuoso, quedando en firme la actuación anterior a éste... Artículo 41... el cincuenta por ciento (50%) del contado inicial, en dinero efectivo, si se trata de tierras adecuadamente explotadas..." Levántase el decreto de suspensión provisional del siguiente aparte del artículo 37 del Decreto 1576 de 1974: "Solicitada la consulta el instituto enviará al tribunal el expediente administrativo y las resoluciones que decretaron y aprobaron la expropiación del fundo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la expiración del término de que trata el inciso anterior..."— La Sala Unitaria decretó la suspensión provisional por las siguientes razones: "En la Ley 135 de 1961 se instituyó" una actuación jurisdiccional de consulta ante los tribunales de lo contencioso administrativo, en relación con las providencias administrativas sobre expropiación cuyo procedimiento se señalaría en el decreto reglamentario (Art. 61 de dicha ley). Al efecto se expidió el Decreto 719 de 1968 que fue demandado en acción de nulidad, pero esta corporación no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el mérito de la pretensión porque el decreto fue derogado por el artículo 25 de la Ley 4ª de 1973, en cuyos artículos 4º y 5º se determinó el respectivo procedimiento. Bajo la vigencia de la Ley 4ª citada, el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria dictó el decreto acusado en el cual se reiteran las modalidades del procedimiento previsto en la Ley 4ª pero, se agregan algunas prescripciones no contenidas en ésta, como se advierte de la comparación de los dos textos. La razón de ser de las disposiciones citadas, estriba en la naturaleza de la norma procesal cuya ejecución incumbe a los jueces (Art. 57 C. N.) y no a la administración, por ser aquéllos los encargados por la Constitución de administrar justicia; de manera que, cuando una deficiencia normativa dificulta la ejecución del precepto procesal, el juez está obligado a disponer de los medios adecuados para alcanzar la eficiencia de la ley procesal (Art. 46 de la Ley 135 de 1961), para lo cual debe proceder como está previsto en los artículos antes citados. Así en la materia contencioso administrativa (como es el caso del "proceso de consulta" previsto en la Ley 4ª de 1973), mediante la aplicación analógica de los preceptos del Código de la materia y, en subsidio, de los consagrados en el Código de Procedimiento Civil; en tratándose de asuntos regulados directamente por el Código de Procedimiento Civil (como es el caso del proceso de expropiación a que se refiere la misma Ley 4ª) mediante la misma regla analógica, en la forma que señala el artículo 5º del referido Código de Procedimiento Civil. Las disposiciones del decreto reglamentario no*

contenidas en la ley y que, por lo tanto la adicionan, son: *Primera*. La primera parte del inciso 3º del artículo 37 en cuanto señala un término de treinta (30) días para que el Instituto de la Reforma Agraria envíe al tribunal el expediente con la resolución de exposición contra la cual se haya propuesto la consulta, es una disposición no prevista en la Ley 4ª. De acuerdo con las normas procesales vigentes "a falta de término legal para un acto el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento" (Art. 119 C. P. C.). En tal virtud si el instituto no envía de inmediato el expediente al tribunal, la persona que ha propuesto la consulta debe pedirle al mismo tribunal que ordene a aquél, hacerlo dentro del término que estime necesario. Resulta entonces claro que lo dispuesto en el aparte del inciso del acto acusado que se comenta, no sólo excede manifiestamente lo preceptuado en la Ley 4ª de 1973, sino que desconoce una facultad asignada por la ley procesal a los jueces. *Segunda*. El aparte final del último inciso del artículo 37, en cuanto dispone que el auto por el cual se resuelve favorablemente la solicitud ante el Tribunal no requiere notificación es también disposición nueva, no contenida en la ley que se dice reglamentar y, además, es manifiestamente contrario al precepto procesal según el cual, en principio, toda providencia judicial debe notificarse salvo aquellas que contienen órdenes dirigidas al secretario del despacho judicial y las demás expresamente señaladas en la ley. *Tercera*. Se dispone en el numeral 1º del artículo 38 que el presidente del tribunal procederá a repartir el negocio el mismo día de su llegada. Tampoco contiene la Ley 4ª norma alguna al respecto y de conformidad con las disposiciones legales vigentes (Decreto 1265 de 1970, Arts. 6º, 8º y 19) le corresponde a las corporaciones judiciales el ejercicio de la facultad de expedir su reglamento, señalar el día o días para el reparto de los asuntos que se reciban. *Cuarta*. Se prescribe en el numeral 2º del artículo 38 del Decreto acusado, que el escrito de fundamentación de la consulta deberá llenar los requisitos señalados en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. No obstante que la Ley 4ª de 1973 no contiene tal precepto, resulta indiscutible que todo escrito en el cual se formule una pretensión debe estimarse como una demanda, y por lo tanto, debe sujetarse a las exigencias que la ley prevé para tal acto procesal; por consiguiente esta disposición reglamentaria resulta ser la reiteración de lo preceptuado en la ley, razón por la cual no puede considerarse manifiestamente ilegal. *Quinta*. En el inciso 3º del artículo 37 se le señala al tribunal el término de un (1) día para disponer si acepta o no la consulta. La Ley 4ª de 1973 no contiene precepto alguno al respecto, pero en la ley procesal (Art. 124 C. P. C.), si están señalados los términos para dictar las resoluciones judiciales. De conformidad con estas disposiciones, si el auto es admisorio del recurso, en cuanto esta providencia es de trámite o de sustanciación, debe dictarse dentro del término de tres días; si es inadmisorio de diez días. En consecuencia el precepto del acto acusado, es manifiestamente violatorio de la ley. *Sexta*. La parte final del inciso 2º del mismo numeral 3º que corresponde a la frase "o estuviere basada en nulidad por vicio de la actuación administrativa", constituye una causal nueva de



la consulta, pues en la Ley 4ª de 1974 se instituyó este trámite jurisdiccional únicamente para cuestionar la calificación administrativa de las tierras y su calidad de expropiables, razón por la cual la disposición reglamentaria es manifiestamente ilegal. *Séptima.* En el inciso 3º del mismo artículo 37 se dispone que la admisión de la consulta se notificará personalmente al gerente del instituto o a su apoderado. Si bien es verdad que la Ley 4ª no contiene regulación al respecto, no es menos cierto que por tratarse de una forma específica de demanda en una materia contenciosa administrativa que implica restablecimiento de un derecho particular, el auto admisorio que abre la posibilidad del proceso debe notificarse personalmente a la entidad contra quien se dirige la pretensión. En tal virtud el precepto reglamentario viene a ser una reiteración de la norma legal y, por lo tanto, no es manifiesta su ilegalidad. *Octava.* Los incisos 2º y 3º del numeral 5º de referido artículo 37 contiene disposiciones que a pesar de no estar previstas en la Ley 4ª de 1973 son unas reiteraciones de lo preceptuado en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil aplicable a esta clase de asuntos, salvo en cuanto señala un término de tres días para que los peritos aclaren o adicioneen su dictamen, pues a este respecto el artículo 238 citado confiere al juez la potestad de fijar un término prudencial que no podrá exceder de diez días. En consecuencia la disposición acusada sólo es manifiestamente ilegal en este punto. *Novena.* En el numeral 1º del artículo 40 se prevé como materia de la declaración en la sentencia del tribunal, la conformidad o la inconvención del trámite administrativo de expropiación con los respectivos ordenamientos legales, con lo cual se le asigna al procedimiento de la consulta un objeto que no está consagrado en la ley. En efecto el aparte cuarto del artículo 61 de la Ley 4ª de 1973 dice que el trámite de la consulta, únicamente "versará sobre la calificación de las tierras y su calidad de expropiables". Por consiguiente todo este numeral es manifiestamente ilegal. *Décima.* A pesar de que lo contenido en el párrafo del referido artículo 40 no está expresamente consagrado en la Ley 4ª de 1973 sin embargo está implícito en ella, en cuanto este procedimiento especial se inspira en el principio dispositivo y en la regla general del proceso, según la cual la sentencia debe limitarse a las peticiones que se formulen en la demanda. *Decimoprimera.* La Ley 4ª de 1973 establece que el instituto podrá solicitar que se le ponga en inmediata posesión de las tierras cuya expropiación haya solicitado ante el respectivo juez del circuito, para lo cual debe consignar "en dinero efectivo la parte que deba pagarse como primer contado de la operación, si se tratare de otra clase de tierras", es decir de aquellas que no pueden reputarse como incultas. En cambio en el inciso 2º del artículo 40 del decreto reglamentario ese valor se rebaja al 50% del contado inicial, con lo cual se ha incurrido en manifiesta violación de la ley". La Sala Plural reitera el razonamiento transcrito y lo acoge como fundamento de su decisión de fondo, con la siguiente salvedad: En cuanto a la parte del artículo 37 que dice: "Solicitada la consulta el instituto enviará el expediente administrativo y las resoluciones que decretaron y aprobaron la expropiación del fundo, dentro de los treinta días siguientes a la expiración del término de que trata el inciso anterior", la Sala considera que no se trata de un término dentro del proceso sino de un plazo anterior

al proceso en el cual la administración debe realizar una obligación que se deriva de la ley. En tal virtud, se concluye que dadas estas consideraciones dicha prescripción sí puede estimarse como materia de reglamentación. Las demás prescripciones de los artículos 37 a 42 del Decreto 1576 de 1974 cuya nulidad también pretende el actor y de las cuales no hace mención específica, contienen disposiciones ya consignadas en la ley, por lo mismo, apenas son una reiteración de éstas. Podría discutirse la conveniencia técnica de esa práctica empleada para la reglamentación de la ley, pero lo cierto es que de ninguna manera podría considerárselas como violatorias de normas superiores. (Sentencia de marzo 12 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Guillermo A. Benavides M. Acción de nulidad contra el Decreto N° 1576 de 1974 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 135 de 1961 con las reformas introducidas a ésta por las Leyes 1ª y 4ª de 1973 en lo relativo a la adquisición de tierras, el Decreto 2858 de 1963 y el Decreto 1368 de 1974": el aparte del inciso 1º del artículo 37 que se transcribe en la demanda y los artículos 38, 39, 40, 41 y 42). . . . .

118

## F

## 25. FUNCIONARIOS PUBLICOS.

*Por regla general su nombramiento corresponde al órgano ejecutivo del poder.*— Por regla general, con las excepciones muy explicables y justificadas que más adelante se mencionarán, el nombramiento de los funcionarios corresponde al órgano ejecutivo del poder. La función a éste asignada, vale decir, la de gobernar, lleva implícita esa atribución, pues no de otra manera puede concebirse el cabal ejercicio de la facultad que a dicho órgano corresponde por definición: no podría cumplirla plenamente si no le fuera permitido designar el personal de sus agentes, encargados de representar su autoridad, de ejecutar sus mandatos y de orientar la administración pública de acuerdo con sus programas y propósitos. El órgano legislativo del poder tiene, en líneas generales, la facultad de estructurar la administración, de dictar, de acuerdo con los principios consagrados en la Constitución, las normas legales a las cuales debe el Gobierno acomodar su gestión y desarrollar sus planes administrativos. La función de legislar no lleva anejo la de nombrar los empleados públicos, como sí la lleva la de ejecutar o gobernar. Esto como principio general. Lo anterior, que parece obvio en el campo de la simple especulación, se comprueba fácilmente con la lectura de las disposiciones constitucionales que señalan las atribuciones del Congreso, de las asambleas, de los concejos municipales y las que fijan las facultades del Presidente de la República y de los gobernadores y las entidades en el artículo 184 del Código de Régimen Político y Municipal, que enumera las de los alcaldes, agentes del gobernador y jefes de la administración municipal, según el artículo 201 de la Constitución. Por excepción están atribuidas ciertos nombramientos al órgano legislativo del poder: al Congreso los del Contralor General de la República y Procurador General de la Nación, por ejemplo: a los con-

cejos municipales, los personeros y tesoreros, por ejemplo. Aparte de los que hacen las cámaras legislativas, las asambleas y los concejos, de los empleados que esos cuerpos requieren para su cabal funcionamiento, lo que parece apenas obvio y no requiere explicaciones. La atribución sistemática que le confiere al órgano ejecutivo del poder para nombrar sus agentes y funcionarios o empleados de la administración no es, ni mucho menos, caprichosa o arbitraria. Ella obedece a principios de derecho público acogidos en nuestra Carta fundamental, como el de separación de los poderes, sólida garantía contra el despotismo y una de las bases de nuestra organización democrática y representativa. El campo de acción de los distintos órganos del poder público, lo mismo que las funciones de cada uno de ellos, están perfectamente delimitadas en nuestra Constitución. Y la designación por el Congreso o por entidades como las asambleas y los concejos municipales, de los funcionarios que son agentes administrativos y representantes del Gobierno, implicaría en el fondo violación de aquel principio, crearía confusión y caos y haría casi imposible la acción ordenada por el ejecutivo que es responsable ante la Nación y ante el propio órgano legislativo, de la gestión que debe adelantar en cumplimiento de la Constitución y de las leyes. Para poder gobernar y responder por su acción, el órgano ejecutivo debe tener la facultad de nombrar sus agentes y demás funcionarios administrativos. Y la Carta se la ha dado lógicamente. (Concepto de febrero 11 de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Consulta formulada por el señor Ministro de Justicia, y autorizada su publicación por oficio N° 035 de ese Ministerio). . . . .

20

## G

## 26. GERENTES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS MUNICIPALES.

*Son funcionarios públicos municipales. Corresponde a los alcaldes su designación. Solamente con expresa autorización legal podría el concejo nombrar funcionarios distintos de personero y tesorero.*— Los concejos municipales carecen de facultad para designar funcionarios distintos de los tesoreros y personeros. El artículo 197 de la Constitución, que señala las atribuciones de aquellos organismos, dice en su ordinal 6º: “Elegir personeros y tesoreros municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine” (Art. 62 del acto legislativo N° 1 de 1968, que modificó el 197). Nada más sobre esta materia. Otro tanto debe decir del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, que también señala atribuciones a los concejos: “Nombrar los jueces, tesoreros municipales”, dice el ordinal 3º del artículo 169 antes citado. Esas son las atribuciones de los concejos en cuanto a nombramientos y no puede hacer otros sin violación de la Constitución y de la ley. El concejo no puede darse facultades de que carece en virtud de claras disposiciones constitucionales y legales. Sólo en el caso de expresa autorización legal, podría el concejo nombrar funcionarios distintos de personero y tesorero. Y conviene anotar para mayor abundamiento, que el ordinal 3º del artículo 197 de la Constitución Nacional y 4º del artículo 169

de la Ley 4ª de 1913, les dan facultades a los concejos municipales para determinar las funciones de las dependencias de la administración y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos (Art. 197, Ord. 3º de la C. N.) y para crear empleos para el servicio municipal, señalarles sus atribuciones, duración y remuneración (Art. 169, Ord. 4º de la Ley 4ª de 1913), pero en parte alguna se faculta a aquellas entidades para designar a esos empleados o funcionarios. Y aquí cabe preguntar, así sea superfluo de acuerdo con lo dicho antes: pueden los concejos municipales, al crear un establecimiento público según el numeral 4º del artículo 197 de la Constitución, arrogarse la facultad de designar a su gerente? En manera alguna. La Constitución y la ley son terminantes: los concejos no pueden designar sino personeros y tesoreros y los demás funcionarios o empleados que la ley determine. Si por un acuerdo del concejo pudiera éste atribuirse aquella facultad o asignarla a cualquiera otro funcionario, habría que convenir en que los actos que tal cosa dispusieren, tendrían fuerza de ley. En otras palabras: que los acuerdos de los concejos podrían en un momento dado modificar la Constitución y la ley. Y quién se atrevería a sostener tamaño despropósito? Las Facultades de los concejos no se las otorgan ellos mismos. Se las confieren la Constitución y las leyes. El artículo 201 de la Constitución dice que en todo municipio habrá un alcalde, que ejercerá las funciones de agente del gobernador y que será jefe de la administración municipal, conforme a las normas que la ley le señale. Y la administración municipal comprende todo lo relativo al ejercicio de las funciones de los empleados del municipio y *al manejo de los intereses de aquél*, según el inciso 2º del artículo 141 del Código de Régimen Político y Municipal. Por otra parte, el artículo 134 de la misma obra, señala las atribuciones de los alcaldes y dice en su numeral 19: "Nombrar los empleados municipales, siempre que la designación no esté atribuida a otra autoridad". Atribuida a otra autoridad por la Constitución o la ley, apunta la Sala, pues sólo éstas pueden conferir esas facultades. Y aquí es procedente anotar que el Código de Régimen Político y Municipal le atribuye al alcalde la facultad de nombrar a los empleados de su oficina en el ordinal 6º del artículo 134. Y en otro ordinal del mismo artículo, el ordinal 19, lo faculta para nombrar los *empleados municipales*: es decir, todo el personal de la administración, con excepción de aquel cuya designación está atribuida por la Constitución o por la ley, a otra autoridad. Al alcalde como agente del ejecutivo y como jefe de la administración municipal, según la Constitución, corresponde el manejo de los intereses municipales (Art. 141, Inc. 2º de la Ley 4ª de 1913) y nombrar los empleados a través de los cuales maneja los intereses del distrito, como ya se vio. Y esto debe forzosamente ser así, porque ese es el criterio adoptado por nuestra Carta fundamental, como atrás se dijo, para la designación de los funcionarios y empleados del órgano ejecutivo del poder. Y podría el alcalde manejar cabalmente los intereses del distrito, como se lo manda la ley, y responder por ellos, si no tuviera facultad para designar el personal de la administración? Finalmente, es obvio que tratándose, como se trata en el caso de la consulta del señor Ministro de Justicia, del gerente de un establecimiento público municipal, organizado con fondos o recursos municipales, creado por acuerdo

del concejo municipal e incorporado a la administración distrital que esté bajo la dirección y responsabilidad del alcalde y siendo ese gerente funcionario público municipal, como atrás se dijo, es obvio, se repite, que su designación corresponde al alcalde, ya que ese nombramiento no es atribución del concejo. Así la interpretación según la cual el numeral 19 del artículo 134 del Código de Régimen Político y Municipal faculta al alcalde para nombrar aquel gerente, es lógico y está en un todo de acuerdo con las circunstancias en que opera el establecimiento público en cuestión, con su carácter de organismo municipal, con la calidad de funcionario público de ese gerente y con las atribuciones que al alcalde corresponden como agente del ejecutivo y como jefe de la administración municipal. Ya se dijo: en principio, el nombramiento de todos los empleados, corresponde al alcalde. Sólo se exceptúan aquellos que por expresas disposiciones de la ley están atribuidos al concejo o a otra autoridad. En este punto advierte la Sala que se echan de menos las reglamentaciones legales de que trata la Constitución al autorizar la creación de los establecimientos públicos municipales de que se viene tratando, donde dice: "Artículo 197. Son atribuciones de los concejos *que ejercerán conforme a la ley*, las siguientes: 4º crear, a iniciativa del alcalde los *establecimientos públicos*, sociedades de economía mixta, y empresas industriales y comerciales, *conforme a las normas que determine la ley*". Para terminar parece oportuno mencionar que por sentencia de 27 de enero pasado, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, anuló los artículos 1º, 2º y 32 del acuerdo N° 3 de 1970 del Concejo Municipal de Pamplona, que adscribió a la personería y a la tesorería de ese distrito algunos funcionarios municipales). . . . .

20

## I

## 27. IMPUESTOS.

*Los derechos adquiridos y la ley tributaria. Los intereses corrientes y los moratorios.*— En sentencia del 3 de octubre de 1968 explicó esta misma Sección Cuarta, sin que tal doctrina haya merecido rectificación hasta el presente que "a esta noción de los derechos adquiridos con justo título suele acudir con excesiva frecuencia sin mayor detenimiento en cuanto su exacto valor". Generalmente se cita la disposición constitucional de modo incompleto. Dice así: "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, *con arreglo a las leyes civiles*, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Dos notas se oponen de relieve a primera vista: 1. Que los derechos que no deben ser desconocidos por leyes posteriores son los adquiridos *con arreglo a las leyes civiles*; y 2. Que el conflicto entre los derechos de particulares y la utilidad pública o el interés social se resuelve a favor de los intereses de la comunidad. "A algún sen-

tido debe darse a la expresión *leyes civiles*. Por ejemplo la misma Constitución las distingue de las leyes penales para preceptuar que éstas tienen efecto retroactivo en cuanto sean permisivas o favorables. También las distingue de las leyes militares en los preceptos del título XVI. "Así podríamos indicar que hay diferencia sustancial entre las leyes que regulan las relaciones entre particulares, es decir las relaciones de los gobernados entre sí y aquellas que se refieren a las relaciones de gobernantes y gobernados. Las primeras son, sin duda, leyes civiles cuya aplicación deja amplio margen para que se exprese libremente la autonomía de la voluntad en tanto que de la aplicación de las segundas la autonomía de la voluntad del gobernado prácticamente no existe. En el primer caso hay equilibrio de derechos y poderes, en el segundo hay subordinación de un sujeto de derecho al otro. "De esta primera y ligera confrontación surge obvio el criterio de que los derechos adquiridos *con arreglo a las leyes administrativas*, no son los que protege el artículo 30 de la Constitución. Y son leyes administrativas aquellas que ordenan la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Y los actos que se dicten en cumplimiento de tales leyes forman parte del derecho administrativo y no del derecho civil. La ordenación legal relativa a la administración de la moneda y del comercio exterior es expresión flagrante de los poderes que al Estado atribuye el artículo 32 de la Constitución y por tanto los derechos que se adquieran con arreglo a sus preceptos no están amparados por la noción de derechos adquiridos de que trata el artículo 30. "Como en el conflicto entre los derechos de los particulares y la utilidad pública o el interés social debe prevalecer este último criterio, no habría inconveniente en principio para aceptar que derechos adquiridos conforme a leyes administrativas puedan ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Esto no quiere decir, sin embargo, que la legislación administrativa, leyes y otros actos formalmente legislativos, hayan de estar presididas por el signo de la arbitrariedad o sea el fruto de poderes discrecionales. Al contrario, la característica de nuestra administración pública es la de que es reglada. Ningún empleado público puede ejercer poderes que no le estén expresamente atribuidos por ley y todo el sistema general está sujeto a muy definido plan de control jerárquico y control jurisdiccional. Tampoco significa que si la utilidad pública no puede hacerse prevalecer sin el agravio del derecho de un particular, éste debe soportar el daño como contribución graciosa personal al progreso de sus semejantes. Obviamente, porque así lo demanda el derecho que ante todo es equidad, quienes se benefician del agravio inferido al derecho del particular deben contribuir a prorrata de su beneficio a compensar el daño. Y como cuando así ocurra debemos suponer que los beneficiarios son la utilidad pública o el interés social, es decir la comunidad entera, entonces la indemnización provendrá del patrimonio de ésta, o sea el que se ha confiado a la administración del Estado. "Por las anteriores razones si en este negocio prescindimos de los derechos adquiridos, no podemos hacerlo de la institución de la irretroactividad de la ley. Es de la esencia de

ésta que sus mandatos rijan la vida futura. Como la ley regula la conducta humana, en principio no puede referirse sino al futuro, aunque su aplicación suponga modificaciones sustanciales de conductas ahora ilegales y antes legítimas. Pero si la ley desconoce o vulnera situaciones jurídicas subietivas constituidas al amparo de la ley derogada, debe repararse o compensarse el daño que se siega de su aplicación. Ahora bien este caso es excepcional. Lo corriente es que las nuevas relaciones puedan regularse sin vulnerar las situaciones jurídicas subietivas. Sólo problemas de gran magnitud social podrán impedir al legislador adoptar las nuevas reglas de conducta sin infligir daño a las situaciones jurídicas subietivas válidamente constituidas bajo el imperio de la ley anterior". En otras providencias esta misma Sección Cuarta ha examinado lo relativo a la vigencia de la ley tributaria para concluir que salvo disposiciones especiales en contrario, las leyes sobre impuestos de renta y complementarios regulan situaciones que se desarrollan paulatinamente durante la totalidad del período fiscal que hasta el presente ha sido del primero de enero al 31 de diciembre de cada año. Las excepciones son, por ejemplo, las relativas a las causaciones mensuales, cuando este sistema regía para dividendos y otras rentas cuyo beneficiario tuviera domicilio en el exterior, o para los casos de vigencias cortas como cuando se liquida una sucesión o una sociedad antes de expirar el año gravable correspondiente. Las personas cuyos bienes y rentas sean gravables saben por anticipado que el año puede iniciarse con un régimen legal y terminar con otro distintivo y que esta situación ha sido siempre aceptada como regular con una sola excepción, que fue la de la reforma tributaria del año de 1960, respecto de la cual la Corte sostuvo que fue inexecutable "provisionalmente" en la medida en que por ella se desconocieron algunas exenciones acordadas a las cédulas de capitalización. Esta sentencia, como es obvio, cuando ha sido necesario aplicar la ley correspondiente, el Consejo la ha respetado pero debe observarse que la doctrina que la inspiró no ha sido repetida por la misma Corte. Aceptando como se acepta que las situaciones jurídicas individuales ya constituidas deben ser respetadas o indemnizado el perjuicio en caso de que sea indispensable desconocerlas, es lo cierto que el período fiscal termina el último día de diciembre, momento en el que no queda duda para el contribuyente acerca de la regla general de la que derivan sus deberes y derechos. Lo incierto y expectante dura los trescientos sesenta y cinco días anteriores, pero en los siguientes, a partir del primero de enero, aunque no se haya presentado la denuncia de bienes y rentas ni practicado liquidación, la regla conocida es invariable y el derecho a presentar tal denuncia, a que le sea recibida con liquidación privada, a obtener la liquidación oficial y a pagar la totalidad de lo debido, nace el primer minuto del primer día de cada año. Aunque mientras no haya declaración y *liquidación definitiva*, no podría hablarse con propiedad de *situación jurídica individual consolidada*, la expectativa desaparece porque las reglas del deber y del derecho fiscales ya no pueden variar por la única razón de que la ley ha señalado de tiempo atrás, con exactitud, cuál es el período fiscal. Obviamente, durante ese plazo, antes de su vencimiento, puede cambiarse toda la legislación tributaria, inclusive la relativa al propio período fiscal. La firmeza que reclama el normal desarrollo

de los negocios sólo tiene que enfrentarse a tal mínima incertidumbre que equivale a cualquiera otro riesgo ordinario propio de la actividad económica y que es inevitable vista la necesidad social de que prevalezca el interés público sobre el provecho individual. La Ley 49 de 1975, que ciertamente, no estaba vigente en el momento en que se pronunció la sentencia de primera instancia, fue promulgada en el Diario Oficial N° 34467 del 22 de diciembre de 1975 fecha desde la cual rige por mandato de su artículo 18. Sus artículos 13 y 14 son del siguiente tenor: "En lo concerniente al impuesto sobre la renta y complementarios, la tasa del interés corriente será igual a la que la Junta Monetaria determine como tasa de interés corriente que cobran los bancos comerciales por sus operaciones ordinarias a corto plazo". "La tasa de interés por mora será la del interés corriente aumentada en una mitad". Los intereses moratorios a cargo del fisco tendrán la tasa anterior. "En lo tocante al impuesto sobre la renta y complementarios y al impuesto a las ventas los intereses corrientes y los moratorios no se causarán simultáneamente". Las normas anteriores despejan cualquier equívoco pero como en el expediente no se dispone de elementos de prueba provenientes de la Junta Monetaria, la resolución será genérica a menos que después de notificada la sentencia, el propio demandante pida su edición junto con la prueba pertinente. (Sentencia de febrero 19 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Inversiones El Nogal S. A. Revisión de impuestos). . . . .

467

## 28. IMPUESTOS.— REFORMATIO IN PEJUS.

Sobre este punto la jurisprudencia es constante en el sentido de que cuando el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de los fallos de los tribunales su competencia se limita únicamente al punto sometido a debate por apelación de las partes; y no puede, en consecuencia, el Consejo de Estado, con fundamento en que se ha violado una norma superior, ordenar una reforma del fallo apelado que empeore la condición del apelante porque sería contrariar las normas del procedimiento administrativo. "*Esta reformatio in pejus* que sí pueden ordenar las autoridades administrativas jerárquicamente superiores a las que pronunciaron la primera decisión no tiene cabida en el Consejo de Estado en ningún caso, precisamente porque entre nosotros nunca procede como tribunal de casación, sino como tribunal de instancia. El Consejo de Estado, con fundamento en estos principios, reformó la efímera jurisprudencia que autorizaba modificar en sentido desfavorable al apelante las decisiones relativas a impuestos, con manifiesto error doctrinario" (Antonio Escobar Camargo, "Los decretos leyes ante el Consejo de Estado", Pág. 58). (Sentencia de febrero 19 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Alvaro Manrique G. Revisión de impuestos).

477

## 29. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— RENTA DE GOCE.

*Se suspenden provisionalmente los efectos del inciso 1º del artículo 12 del Decreto reglamentario N° 331 de 1976, que dice: "Cuando el*



*contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente, la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos*— Es evidente que si un contribuyente ocupa varios inmuebles de su propiedad deba pagar la renta presuntiva de goce, la cual no existe si el avalúo catastral del inmueble o su costo fuere de \$ 300.000.00 o menos, según el texto del numeral 2º del artículo 70 del Decreto legislativo 2053 de 1974. Es evidente también que en ninguna parte del mencionado artículo se estableció dicho límite de \$ 300.000.00 como no productor de renta, en consideración no a la persona del contribuyente sino en función del avalúo catastral o costo de cada inmueble ocupado por su propietario. Igualmente se prevé en el mencionado artículo la posibilidad de que el contribuyente ocupe simultáneamente apartamentos, casas urbanas y casas campestres o de recreo. El entendimiento natural de ese artículo indica que si cada uno de esos inmuebles tiene un avalúo catastral o un costo superior a \$ 300.000.00 la renta de goce a cargo del contribuyente será del 10% del valor del exceso sobre cada avalúo o costo. Ahora bien, como la parte final del inciso 1º, del artículo 12, del Decreto 331 de febrero 23 de 1976 establece, que “cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos”, está con ese procedimiento, contrariando lo dispuesto en la norma reglamentada; pues claramente está expresado que cualquier inmueble cuyo avalúo o costo sea de \$ 300.000.00 o menos, no genera la renta presuntiva de goce establecida por ella. Por el contrario, en esa forma se violentaría su espíritu, pues se obligaría al contribuyente a pagar renta de goce por inmuebles que por razón de su costo o avalúo no la han generado. La violación es objetivamente clara y flagrante y por lo tanto se cumplen las condiciones exigidas por el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo para decretar la suspensión provisional de la misma. (Auto de mayo 20 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Alejandro Páez Murillo). . . . .

384

### 30. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— RENTA POR COMPARACION DE PATRIMONIOS.

*Se decreta la suspensión provisional de la frase “recargos y sanciones”, contenida en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto reglamentario 187 de 1975.*— El artículo 91 del Decreto reglamentario 187 de 1975 reza textualmente: “Artículo 91. Para efectos de la determinación de la renta por comparación de patrimonios, a la renta gravable se adicionará el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contribuyente y las rentas exentas. De esta suma se sustrae el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios, recargos y sanciones pagados durante el año gravable incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado y, en su caso, la renta recibida del cónyuge”. A su vez, el artículo 74 del Decreto legislativo 2053 de 1974 reformativo del régimen del impuesto de la renta y complementarios, reglamentado por el Decreto 187 de 1975 dispone lo siguiente: “Artículo 74. Cuando la suma de la renta gra-

vable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas. "Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes: "1. En lo concerniente a la renta: a) Por renta de goce; b) Por rentas cedidas entre cónyuges; y c) Por impuestos de renta y complementarios ya pagados. 2. En lo concerniente al patrimonio, los correspondientes a valorizaciones y desvalorizaciones nominales. "Cuando de las informaciones de la declaración no apareciere la explicación completa del aumento patrimonial, deberá requerirse por escrito al contribuyente, para que explique y demuestre las causas del aumento, dándole para hacerlo un plazo mínimo de quince días hábiles. "Parágrafo. La determinación de la renta líquida gravable por el sistema establecido en este artículo no da lugar a sanción por inexactitud; pero sí a la sanción por omisión de bienes o inclusión de pasivos inexistentes". La simple comparación de los dos textos está demostrando que la noción de "recargos y sanciones" que incluye como materia deducible de la renta para efectos de aplicar el sistema de determinación de la renta por comparación de patrimonios, no está incluida en la norma reglamentada. Sería conveniente establecer si los recargos y sanciones forman una sola unidad con la noción de impuesto de renta y complementarios, que es una cuestión que la resuelve suficientemente el artículo 1º del Decreto legislativo 2053 de 1974 el cual enumera los efectos que la comprenden en el inciso 1º del dicho artículo cuando dice: "1. Para las personas naturales y sucesiones ilíquidas, los que se liquidan con base en la renta, en las ganancias ocasionales, en el patrimonio y en la transferencia de renta y ganancias ocasionales al exterior". Lo anterior está indicando que la norma reglamentaria excedió en sus alcances lo prescrito en la reglamentada y por lo tanto la violación es manifiesta con el simple análisis de carácter objetivo que aquí se hace. (Auto de marzo 2 de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Alvaro Macías Ordóñez). . . . .

381

### 31. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Deducción anual por reparaciones locativas (Art. 46, Decreto 2053 de 1974). Tratamiento de las llamadas reparaciones locativas, a partir de la Ley 81 de 1960, para efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta. Se declara la nulidad de la circular N° 10 de 1975, del Director General de Impuestos Nacionales.— A partir de la Ley 81 de 1960 las llamadas reparaciones locativas han tenido el siguiente tratamiento para efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta: El Decreto-ley 437 de 1961, reglamentario de aquélla, dice que se entiende por reparaciones locativas "las que tienen por objeto mantener un bien en estado de buen funcionamiento, como la reparación de pisos, puertas, paredes, cercas, albañales, vidrios, enlucimiento y en general toda refacción de las cosas que se deterioran con el uso normal, por contraposición de las de carácter permanente*

que tienden a aumentar el valor de la propiedad o a prolongar notablemente su duración, las cuales constituyen inversiones". El referido decreto prescribe que esas reparaciones son deducibles de la renta bruta si tienen relación con ésta, siendo indispensable que el contribuyente las relacione en la declaración de renta, indicando con toda claridad la clase o naturaleza de las obras realizadas y el valor a que ascienden (artículos 101 y 102). El Decreto-ley número 1366 de 1967, dictado en uso de las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 28 de 1967, limitó la deducción de los pagos por reparaciones locativas de la propiedad inmueble "al 10% de la renta de goce o de la suma que el contribuyente declare proveniente de arrendamientos (artículo 10)". La Ley 63 de 1967, en el capítulo de las deducciones, establece que "son deducibles los gastos en reparaciones locativas de la propiedad inmueble". Y agrega que el valor de la deducción por este concepto no podrá exceder del diez por ciento (10%) del total de la renta de goce y la proveniente de arrendamiento (artículo 59). El decreto reglamentario de la anterior norma impuso el cumplimiento de los requisitos sobre pagos a terceros para aceptar la deducción (artículo 23, Decreto 154 de 1968). Por último, el Decreto-legislativo número 2053 de 1974, reorgánico del impuesto sobre la renta, en el capítulo III que trata de la renta líquida, dice: "Deducciones. Artículo 46. Reparaciones locativas de la propiedad inmueble. Se presume que la deducción anual por reparaciones locativas de la propiedad inmueble es del uno por ciento del avalúo catastral del inmueble o de su costo, si éste fuere superior. El reconocimiento de esta deducción no requiere cumplimiento de requisito alguno". Bien claro resulta de la anterior relación que a partir de 1960 el legislador ha prescrito que los gastos por reparaciones locativas de la propiedad inmueble son deducibles de la renta bruta del contribuyente para obtener su renta líquida, sin hacer la distinción entre casas o apartamentos habitados por el contribuyente o dedicadas a obtener renta en virtud de contratos de arrendamientos o de cualquiera otra clase. El Gobierno, en ejercicio de las facultades extraordinarias de la emergencia económica, dispuso sobre el punto en referencia una norma simple, clara y sencilla, según la cual el contribuyente tiene derecho a deducir de la renta bruta el uno por ciento (1%) del avalúo catastral del inmueble de que es propietario, o de su costo, por concepto de gastos en reparaciones locativas, sin que tenga que cumplir con requisito alguno para que se le acepte el descuento. Cuando lo expresado así por el legislador, con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa su voluntad, no le es permitido a los particulares y mucho menos a los funcionarios públicos encargados de su aplicación, desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como lo hizo el Director General de Impuestos Nacionales con la circular acusada, que ciertamente resulta un disparate de interpretación de la legislación tributaria. Porque decir que la deducción por reparaciones locativas se aplica solamente a los edificios y que la base para calcularla será el avalúo o el costo del edificio, sin incluir el solar o terreno donde se levanta, es pretender hacerle decir a la ley lo que ella no dice, puesto que ésta se refiere es a la propiedad inmueble, y en la propiedad inmueble se comprende la heredad y las cosas que forman parte de ella o que se reputan como inmuebles por la conexión con

ella. Fuera de que el avalúo catastral comprende el valor del terreno y el de las cosas consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación que pertenezcan al propietario del inmueble (artículo 85 del Decreto-ley 1301 de 1940). Por lo que no habría manera de conocer el valor oficial del edificio sin el terreno. Además según el Código Civil, las reparaciones locativas pueden recaer no sólo sobre las edificaciones sino también en los predios rústicos, esto es, en la parte de tierra vacía que se cultiva o beneficia de cualquier modo, puesto que allí se citan las cercas, acequias y pozos, entre los que pueden recibir esa clase de reparación, lo que obviamente comprende a tales predios beneficiados con la exención tributaria (artículos 1998 y 2030). Y mucho menos pudo el Director General de Impuestos Nacionales pretender que la deducción no cobija a "las casas y apartamentos de habitación o casas campestres de recreo", pues ya está dicho que la norma no hace distinción entre casas habitadas por el contribuyente y casas arrendadas o que le den renta ordinaria. Y si lo hubiera hecho habría resultado injusta e inequitativa. (Sentencia de 18 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Ignacio Durán Bravo). . . . .

### 32. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Exención para las industrias básicas (Ley 81 de 1960, Decreto reglamentario 1393 de 1961). Recargo por fraccionamiento (Art. 59, Ley 81 de 1960 y Arts. 191 a 197, Decreto 437 de 1961). Interpretación del literal b) del artículo 192, del Decreto 437 de 1961.*— En primer lugar es conveniente dejar establecido que las exenciones del impuesto a la renta autorizadas por la Ley 81 de 1960 para las industrias básicas, y reglamentadas mediante el Decreto 1393 de 1961, están enderezadas a estimular el desarrollo de ese tipo de industrias que benefician la economía nacional, beneficio que se hace extensivo a los socios o accionistas de dichas sociedades cuando son industrias nuevas en la proporción que establezca la resolución ejecutiva respecto de los impuestos que gravan las participaciones, dividendos, aportes o acciones respectivas. En segundo lugar debe dejarse suficientemente establecido que el recargo por fraccionamiento establecido por el artículo 59 de la Ley 81 de 1960 y reglamentado por los artículos 191 a 197 del Decreto 437 de 1961 tiene como fundamento impedir que mediante la división patrimonial, una sociedad a través de la creación de distintas sociedades filiales de ella, subdivida las rentas provenientes de su actividad y en esa forma se eluda la progresión del gravamen en el impuesto sobre la renta. Estando suficientemente establecidos estos dos principios, los incentivos tributarios para las industrias básicas son aplicables a las sociedades anónimas cuyo objeto sea el establecimiento y explotación de ese tipo de actividad, a las sociedades distintas a ellas que estén sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades Anónimas y a las personas naturales que lleven libros de contabilidad debidamente registrados (Arts. 112, 115 y 116 de la Ley 81 de 1960). Igualmente se beneficiarán con dicha exención los socios o accionistas de esas sociedades, pero solamente en el caso de que se trate de industrias nuevas, ca-

lidad que calificará el Ministerio de Desarrollo Económico (antes de Fomento) en la resolución que reconozca que la actividad económica del contribuyente corresponde a una industria básica (parágrafo del artículo 112 de la Ley 81 de 1960 y artículo 29 del Decreto 1393 de 1961). Por su parte el Decreto 437 de 1961 reglamentó en forma detallada el mecanismo para liquidar el recargo por fraccionamiento en cabeza de la sociedad principal que tenga compañías filiales o subsidiarias y el artículo 191 en su inciso 2º estableció. "El recargo a que este artículo se refiere es aplicable a toda clase de sociedades, cualquiera que sea la naturaleza de la principal sobre la cual recae el recargo y de las filiales a través de los cuales se hace el fraccionamiento". Es evidente por lo tanto, que la exención autorizada por la Ley 81 de 1960 está dirigida a beneficiar exclusivamente a las sociedades o a las personas cuyo objeto principal sea la actividad vinculada a una industria básica y ocasionalmente dicho beneficio se proyecta sobre los socios en el caso de que la industria sea calificada como nueva. Ahora bien, el literal b) del artículo 192 del Decreto 437 de 1961 señala en forma inequívoca el mecanismo para establecer el porcentaje que represente el impuesto de la filial con relación a sus respectivas rentas y textualmente dice: "b) En seguida se establece el porcentaje que represente el impuesto efectivamente liquidado a cada una de las filiales con relación a sus respectivas rentas gravables". Como dicho porcentaje no puede establecerse sino sobre el "impuesto efectivamente liquidado a la filial" y ésta por su condición de industria básica puede estar beneficiada con determinado porcentaje de exención en su impuesto sobre la renta, el guarismo que se debe tomar para calcular el recargo por fraccionamiento en cabeza de la principal no puede ser distinto al del impuesto efectivamente liquidado, pues de lo contrario la exención establecida en la Ley 81 de 1960, estaría proyectando también su beneficio en cabeza de la principal por su calidad de socio. Lógicamente, si la industria beneficiada con la exención es nueva, al calcular el recargo por fraccionamiento, en la forma anteriormente explicada, la sociedad principal gozaría de la disminución del porcentaje de exención que le corresponde como socio, de acuerdo con lo dispuesto por la misma Ley 81 de 1960 y su Decreto reglamentario 1393. Es cierto que el artículo 19 del Decreto reglamentario 1393 de 1961 dispuso que: "Cuando para determinar un gravamen deba tomarse en cuenta el impuesto liquidado se computará la cantidad que hubiere correspondido pagar al contribuyente de no haber gozado de la exención". Pero también es absolutamente cierto que dicha disposición reglamentaria esta enderezada exclusivamente a fijar los cauces de aplicación de los incentivos tributarios establecidos por la Ley 81 de 1960 a las sociedades y a las personas naturales beneficiadas con la exención mencionada, sin que en ninguna de sus disposiciones se contemple el fenómeno del recargo por fraccionamiento, puesto que con excepción de las industrias calificadas como nuevas, dicho beneficio no se puede proyectar a persona alguna distinta de la que desarrolla la actividad calificada como industria básica. El artículo 19 a que hace mención el actor, tiene íntima relación con el anterior que regula la forma de liquidar la exención de impuestos a las personas naturales que desarrollan actividades correspondientes a industrias básicas, puesto que es posible que dichas personas tengan

rentas de diverso origen y patrimonios no vinculados a la industria básica; y por lo tanto allí se establece que para determinarle cualquier impuesto diferente al que le corresponde por la actividad beneficiada con la exención debe computarse dicho impuesto como si no gozara de ella. Pero obviamente todas esas disposiciones sólo son aplicables al contribuyente beneficiado con la exención y no a terceros que por su propia condición no pueden favorecerse de ella. No es por lo tanto valedero el argumento del actor, en el sentido de que el mencionado artículo 19 puede ser aplicado a personas distintas de las beneficiadas con la exención, pues siendo la disposición en referencia simplemente reglamentaria, estaría yendo más allá de lo previsto en la norma reglamentada que es el artículo 112 y siguientes de la Ley 81 de 1960. Tampoco se puede perder de vista, que el mecanismo para liquidar el recargo por fraccionamiento, está establecido para determinar el impuesto de renta en cabeza de la principal, que para el caso en estudio no es quien está beneficiado con la exención de industria básica y por lo tanto no se puede aplicar una disposición establecida para los sujetos favorecidos con la exención a personas diferentes, para modificar un mecanismo que está establecido sin distinciones para todas las sociedades, por razón de situaciones financieras diferentes a la materia reglamentada. Más aún, como se explicó anteriormente, en el caso de que una principal, socio de una filial calificada como industria básica nueva tenga derecho a ser beneficiada de la exención por virtud del párrafo del artículo 112 de la Ley 81 de 1960, el mecanismo del cálculo para el recargo por fraccionamiento tiene que ser exactamente igual al establecido por el artículo 192 y una vez calculado el impuesto de renta de la principal más su recargo por fraccionamiento se descontaría el porcentaje de exención que le correspondía, de acuerdo con lo que previamente haya definido el Ministerio de Desarrollo Económico. (Sentencia de 3 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Salvamento de voto del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: doctor Francisco Eladio Gómez Mejía. Acción de nulidad contra el oficio N° 023831 de 1974 del Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales). . . . .

359

33. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Por concepto de pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior. Los pagos o abonos hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974 (fecha del Decreto 2053) se rigen por las normas entonces vigentes, sin que haya lugar a reajuste del 20% al 40%, pues éste sólo opera para los pagos hechos con posterioridad a la referida fecha. Se declara nulo el párrafo 3º de la circular 006 de 1975, del Director General de Impuestos Nacionales.—* La parte de la instrucción que dio ocasión a la demanda es la contenida en el inciso tercero, que dice: "Lo anterior sin perjuicio de las consecuencias del cambio de la legislación en cuanto al tratamiento a dar al contribuyente pues la norma aplicable a éste en relación con su renta por el año de 1974 es la ley vigente en 31 de diciembre del dicho año, de modo que si la tarifa es del

40% el contribuyente deberá hacer el reajuste del caso en la declaración que debe presentar al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 2821 de 1974". En el auto admisorio de la demanda el consejero sustanciador manifestó que no encontraba violación alguna de la ley en el transcrito párrafo "ya que lo que parece decir el funcionario que expidió la circular es que los pagos o abonos hechos a partir del 30 de septiembre de 1974 deben ajustarse a las nuevas normas implantadas por la legislación de emergencia, así como a la obligación de presentar declaración, de renta, pero en manera alguna respecto de las operaciones anteriores a esa fecha". Sin embargo, el opositor de la acción, quien obra como funcionario de la Dirección General de Impuestos Nacionales, por lo que sus conceptos están revestidos de autoridad, expresa, como quedó visto arriba, que de acuerdo con las instrucciones de la circular acusada las retenciones hechas con anterioridad al citado día "son reajustables del 20% al 40%, con fundamento en los artículos 134 y 142 del Decreto legislativo 2053 de 1974". El colaborador Fiscal ha recordado la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el régimen tributario a que estaban sometidas las personas que se hallaban en las condiciones previstas en 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, que era un régimen especial, de impuesto único con retención en la fuente, que en cada caso se creaban y puntualizaban situaciones definidas, que no podían ser modificadas con posterioridad. De acuerdo con esa jurisprudencia, contenida en sentencias de octubre 30 de 1969, octubre 16 de 1970, marzo 18 de 1971, entre otras, quedó definido que en los casos a que se referían los artículos 27, 28 y 29 del Decreto-ley 1366 de 1967, el impuesto que debía ser retenido por quien hacía el pago o abono no se causaba por periodos anuales sino que se causaba, liquidaba y retenía en forma única y autónoma con cada operación de pago o abono en cuenta. Por lo mismo, todas esas situaciones ocurridas antes del 30 de septiembre de 1974, quedaron definidas y clausuradas bajo ese sistema y con las consecuencias señaladas. Como se dice en la circular acusada, los Decretos legislativos 2053 y 2821 de 1974 cambiaron el sistema en relación con los pagos o abonos en cuenta hechos a personas naturales y jurídicas residentes en el exterior, que carezcan de residencia o domicilio en Colombia, ya que elevó la retención al 40% y además les impuso a las personas beneficiarias del pago la obligación de presentar declaración de renta. Pero es claro que los pagos o abonos hechos con anterioridad al 30 de septiembre de 1974 se rigen por las normas entonces vigentes, con las consecuencias señaladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin que haya lugar al reajuste del 20% al 40% en la declaración de renta como se dice en la circular, según interpretación que de ella hacen los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales. El reajuste es sólo para los pagos hechos con posterioridad a la referida fecha. (Sentencia de enero 22 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Ignacio Chiappe. Acción de nulidad contra la circular Nº 006 de 1975, del Director General de Impuestos Nacionales). . . . .

## 34. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Páginas

*A las sucesiones ilíquidas. Se declara la nulidad del literal a), numeral 3º, del artículo 1º del Decreto reglamentario número 187 de 1975.*— Por petición del actor, el inciso acusado fue suspendido provisionalmente mediante providencia del 25 de abril de 1975 que a su vez fue confirmada por la Sala de Decisión el 22 de mayo siguiente. Tanto en la providencia de suspensión provisional como en la de su confirmación, así como en el concepto rendido por el señor Fiscal se consideró que la violación señalada por el actor era ostensible y flagrante por la simple observación objetiva de ambos textos. Por lo tanto es suficiente como motivación para este fallo reproducirlos en su parte pertinente para deducir, sin necesidad de consideraciones adicionales que asiste la razón al actor. Dicen así los mencionados artículos: Decreto legislativo número 2053 de 1974. “Artículo 3º... “La sucesión es ilíquida entre la fecha de la muerte del causante y aquella en la cual se ejecutoria la sentencia aprobatoria de la partición si los bienes sólo fueren muebles. *Si hubiere inmuebles, la sucesión quedará liquidada en la fecha del registro de dicha sentencia*” (subraya la Sala). Decreto reglamentario número 187 de 1975. “Artículo 1º. El año, periodo o ejercicio impositivo, en materia de impuestos sobre la renta y complementarios, es el mismo año calendario que comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre. “Puede comprender lapsos menores en los siguientes casos:... 3º En los casos de liquidación durante el ejercicio, el año concluye en las siguientes fechas: “a) *Sucesiones por causa de muerte: en la de ejecutoria de la sentencia que apruebe la sentencia que aprueba la partición*” (subraya la Sala). Como se ve el decreto reglamentario fijó como término para considerar ilíquidas las sucesiones en las que hubiere inmuebles, la de la fecha de ejecutoria de la sentencia de partición; a tiempo que la norma reglamentada estableció expresamente que ese término lo determinaba la fecha de registro de la misma sentencia. Por lo tanto la norma reglamentaria intentó modificar, sin facultad para ello, lo previsto en la norma sustantiva. (Sentencia de enero 15 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Leopoldo Uprimny. Acción de nulidad contra el literal A), numeral 3º, del artículo 1º del Decreto reglamentario Nº 187 de 1975). . . . .

221

## 35. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Proporcionalidad de algunas deducciones. La limitación que establece el artículo 59 del Decreto reglamentario 187 de 1975, no está contenida en el estatuto orgánico del impuesto y por ser limitativa de los derechos del contribuyente, no puede adoptarse por la vía reglamentaria. Se declara la nulidad de los artículos 59 y 60 del Decreto reglamentario 187 de 1975.*— Las disposiciones impugnadas son del siguiente tenor: “En los casos en que las sucursales, filiales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras tuvieren derecho a deducir de su renta bruta pagos hechos a sus casas principales o matrices en el exterior, no comprendidos dentro de las limitaciones del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros vi-



gentes en el país, la deducción a que haya lugar no podrá exceder del 10% de la renta líquida computada antes de restarse tales gastos". "Son deducibles de la renta bruta las bonificaciones, gratificaciones, primas y regalos hechos por el contribuyente, a título de mera liberalidad, a sus trabajadores, incluidos los socios que tengan este carácter, en cuanto no excedan del 10% del salario pagado a cada uno durante el año". En sentencia del 9 de octubre de 1975 con ponencia del Consejero Bernardo Ortiz Amaya a propósito de límites establecidos por los artículos 57 y 58 del mismo Decreto 187, se dijo: "Es indudable que el Decreto 2053 de 1974 derogó expresamente las disposiciones contenidas en la Ley 63 de 1967 y en el Decreto-ley 1366 del mismo año, la primera de las cuales en el artículo 7º estableció la proporcionalidad de las deducciones permitidas como expensas en las actividades generadoras de renta provenientes de la prestación de servicios". Igualmente es indudable que el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 fijó como criterio para determinar el monto de dichas expensas el criterio comercial "teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes". Cabe observar que el inciso 3º de ese artículo que le daba facultad al Director General de Impuestos para señalar las normas que orienten ese criterio, fue declarado inexecutable por la honorable Corte Suprema de Justicia en atención a que desplazaba la facultad reglamentaria y la autoridad impositiva de la ley en un funcionario de inferior categoría. "Pero además las limitaciones a que se refiere el segundo inciso del artículo 45 están determinadas en los artículos 46 a 66, sin que en ninguno de ellos se determine límites al monto de dichas expensas, distintos del sano criterio comercial y su necesidad a que se refiere el mencionado inciso. "No habiendo pues, establecido la ley limitaciones en la proporcionalidad de los gastos, mal puede establecerse rígidamente a través del reglamento, pues ello implica una determinación por encima de las prescripciones de orden legal ya establecidas. "Si a esto se agrega que esas mismas limitaciones rígidas establecidas por la Ley 63 de 1967 fueron expresamente derogadas por el mismo Decreto 2053 de 1974, no es posible jurídicamente tratar de revivir el sistema por medio del reglamento, pues además de contrariar el criterio general de la ley ella no autoriza al ejecutivo para hacerlo. "En el auto de 7 de mayo de 1975 por medio del cual la Sección Cuarta confirmó, con ponencia del doctor Gustavo Salazar Tapiero, la suspensión provisional de la norma decretada por el sustanciador se dijo: "En forma constante y desde hace muchos años el Consejo de Estado viene sosteniendo que la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios "para la cumplida ejecución de las leyes" y no puede, por lo tanto, el Jefe de Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni aplicar ni restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas de las establecidas en la ley, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere". Confrontada la norma del artículo 45 del Decreto legislativo 2053 de 1974 con la 56 del reglamento, resulta a primera

vista que en aquélla no se establece ninguna excepción al principio general de que son deducibles de la renta las expensas realizadas durante el año gravable "siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad", y como en el reglamento se establecen unos porcentajes fijos de deducciones respecto de las rentas provenientes de la prestación de servicios personales independientes, resulta que el Gobierno sí excedió la potestad reglamentaria, ya que restringió el alcance de la norma respecto de determinados contribuyentes". "Y días antes por demanda casi simultánea formulada por otro ciudadano contra la misma norma acusada, el Consejero Miguel Lleras Pizarro en auto del 3 de abril de 1975 dijo: " El artículo 56 del Decreto 187, cuya nulidad se pide es reproducción del artículo 7º de la Ley 63 de 1967 y del artículo 28 del Decreto 154 de 1968". El artículo 143 del Decreto-ley 2053 de 1974 en el que se señalan las normas anteriores expresamente derogadas, incluye la Ley 63 de 1967. Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia pero sólo en cuanto por ella se derogaban los artículos 11 y 12 de la Ley 6ª de 1973 y las disposiciones que habían sido sustituidas por las normas que ese fallo declara inexecutable. Los artículos mencionados de la ley de 1973 concedían ciertas ventajas tributarias a los pilotos de naves aéreas. La norma legal vigente es la del artículo 45 del Decreto-ley 2053 de 1974 que señala el principio general que sistemas legales anteriores consignaban en términos idénticos, según el cual son deducibles las expensas necesarias para la producción de la renta en cuanto sean proporcionadas de acuerdo con cada actividad y según el criterio comercial que resulte de la costumbre. Se agrega que hay limitaciones expresas que son las de los artículos 46, 47 y siguientes, ninguna de las cuales hace catálogo especial sobre las deducciones aceptables por prestación de servicios personales independientes, como lo hacía el ya citado artículo 7º de la derogada Ley 63 de 1967 y del 28 del Decreto reglamentario 154 de 1968 en todo tiempo considerado con exclusiva referencia a la misma ley y a su Decreto-ley antecedente, número 1366 del mismo año de 1967. "Según piensa el Consejero conductor de este proceso es violatorio de los límites naturales de la potestad reglamentaria reproducir por esta vía, la reglamentaria, normas legales expresamente derogadas por estatuto de jerarquía legal". La misma doctrina patrocinó esta Sala a propósito de materia similar en la sentencia de 23 de abril de 1976. Por tanto, habrá de accederse a la nulidad impetrada. (Sentencia de 18 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Cayetano Betancourt. Acción de nulidad contra los artículos 12, 13, 59, 60, 66, 67 y 68 del Decreto reglamentario Nº 187 de 1975).

### 36. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Ejercicio impositivo. Se declara la nulidad del literal b), del numeral 3º, del artículo 1º del Decreto reglamentario número 187 de 1975 en la parte que dice: "b) Personas jurídicas, en la de registro de las respectivas actas de liquidación" — El artículo 1º del Decreto 187 expresa: "El año, período o ejercicio impositivo, en materia de impues-*

tos sobre la renta y complementarios, es el mismo año calendario que comienza el primero de enero y termina el treinta y uno de diciembre. Puede comprender lapsos menores en los siguientes casos: ... En los casos de liquidación durante el ejercicio el año concluye en las siguientes fechas: a) ... ; b) Personas jurídicas, en la de registro de las respectivas actas de liquidación". El demandante considera violados el artículo 5º y el 114 del Decreto-ley 1651 de 1961 porque según tales preceptos las actas de liquidación deben ser protocolizadas para poder llevarlas al registro y el notario no puede aceptar la protocolización si no se presenta el certificado de paz y salvo *válido para liquidación*, de modo que como bien lo anota la demanda, es imposible dar cumplimiento a la norma impugnada. Si la potestad reglamentaria se concibe como instrumento para facilitar la aplicación de la ley, en este caso la consecuencia ha sido la de imposibilitar ese cumplimiento. Esta circunstancia es suficientemente obvia como para inducir la suspensión provisional. "Para mayor ilustración se transcriben los artículos correspondientes del Decreto 1651 de 1961 que rezan así: "Artículo 5º Las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a las personas jurídicas, sociedades de hecho y comunidades organizadas, que se liquidan durante el año, deberán presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha del último asiento de cierre de los correspondientes libros de contabilidad, o de la terminación de los negocios si no se lleva contabilidad. A la declaración de renta y patrimonio para liquidación de la sociedad deberá acompañarse una copia de la minuta o acta de liquidación en que conste la distribución de los activos. *Los notarios no podrán autorizar la escritura de liquidación de sociedades que no concuerden con las minutas selladas por la respectiva Administración de Impuestos Nacionales*" (subraya la Sala). "Artículo 114. Para el otorgamiento de escrituras o protocolización de actas o expedientes de liquidación de personas jurídicas, sociedades de hecho y comunidades organizadas, el notario debe exigir un paz y salvo correspondiente a la entidad que se liquida, con la leyenda: "válido para liquidación". *Este certificado no será expedido sin que previamente se presenten las declaraciones de renta y patrimonio hasta la fecha del cierre de libros o hasta la fecha de terminación de los negocios si no se lleva contabilidad y se paguen las sumas a cargo, inclusive las de plazo no vencido*, o que correspondan a liquidaciones recurridas, pero los recursos pendientes deben fallarse de preferencia con el fin de que se paguen los impuestos respectivos y pueda ser expedido el certificado de paz y salvo válido para la liquidación" (subraya la Sala). Este razonamiento parece suficiente para acceder a la nulidad. (Sentencia de 23 de abril de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Armando Parra Escobar). . . . .

### 37. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Contribuyentes. Sociedad anónima de familia. Se levanta la suspensión provisional del artículo 6º del Decreto reglamentario número 187 de 1975, decretada por auto de 3 de abril de 1975.*— El artículo 2033 del Código de Comercio preceptúa: "Este Código regula integralmente las materias contempladas en él. Consiguientemente, que-

dan 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". Ya se transcribieron los artículos 102 y 435 del Código de Comercio en los que de manera indirecta, casi como una casualidad, se hace alusión a la existencia de las sociedades de familia pero en ninguna otra parte del Código aparece definida o descrita esta sociedad, aunque no puede pasarse por alto que en el mismo Código y en la ley tributaria a ella se alude. Los comentaristas han advertido las inmensas dificultades que se presentan al intérprete con la nueva legislación mercantil debido a la precipitud o al desorden, o a ambas situaciones como se adoptó en su etapa final el Decreto-ley número 410 del 27 de marzo de 1971. No obstante debe hallarse, porque es necesidad jurídica, alguna solución que razonablemente permita concluir si hay o no hay reconocimiento legal de las sociedades anónimas de familia. Como las reflexiones de los litigantes en este proceso y las del Ministerio Público siempre dejan algún vacío quizás no sea exagerado atenerse al texto expreso del transcrito artículo 2033, según el cual fueron derogadas las leyes complementarias de los Códigos de Comercio en cuanto en el nuevo se tratan materias correspondientes y en éste evidentemente no hay nada que verse sobre cómo debe concebirse la composición de la sociedad anónima de familia, de donde resulta que las leyes correspondientes anteriores no fueron derogadas, al contrario de lo que aparece a primera vista a cualquier lector desprevenido. Si ello es así ha de concluirse que se mantiene la vigencia del artículo 30 de la Ley 58 de 1931 que preceptúa: "a las compañías anónimas que se formen en mayoría por miembros de una misma familia, con el fin de explotar y precautelar el patrimonio común y cuyas acciones no estén destinadas a especulaciones de bolsa, sino simplemente a determinar la parte que a cada socio corresponda en la circunscrita explotación objeto de la compañía, no le serán obligatorios los preceptos legales sobre autoelección o elección de parientes, ni las demás restricciones referentes a la adquisición de acciones y al derecho de deliberar en las asambleas generales de accionistas. Estarán asimismo exentas de la supervigilancia de la Superintendencia, a menos que la soliciten uno o más accionistas u otra tercera persona interesada". Si la norma sustancial no se derogó, tampoco desapareció la vigencia de sus reglamentarios que lo son el artículo 279, numeral 2º, el 283, 284, 285 y 286 del Decreto 2521 de 1950, con las modificaciones que resultan del acusado artículo 6º del Decreto 187 de 1975 en el grado de parentesco hoy reducido al segundo de consanguinidad y único civil. (Sentencia de abril 23 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Armando Parra Escobar). . . . .

146

### 38. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Renta en transformación de sociedades. Se levanta la suspensión provisional del inciso 1º del artículo 51 del Decreto reglamentario 187*

de 1975, decretada por auto de marzo 18 de 1975.— El artículo 51 del Decreto 187 de 1975 es del siguiente tenor: “Cuando se transforme una sociedad anónima o asimilada en sociedad de responsabilidad limitada o asimilada, constituye renta bruta o ganancia ocasional, según el caso, para los socios, comuneros o asociados en el ejercicio durante el cual se lleve a cabo la transformación, la parte proporcional que les corresponda en las utilidades acumuladas en años o períodos anteriores”. Ya se transcribieron las razones del demandante que se dirigen únicamente al fenómeno de la transformación de anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, porque el fenómeno contrario carece de relieve puesto que los socios de las limitadas deben pagar el impuesto que corresponda a las utilidades, se repartan o no se repartan en tanto que en el caso de la anónima sólo son gravables los dividendos repartidos o repartibles por disposición de la asamblea general, pero la suma de tales dividendos pueden no equivaler a la totalidad de la ganancia porque además de la reserva legal la asamblea puede acordar la constitución de otras reservas, caso en el cual las cantidades así destinadas no se gravan en cabeza del accionista. Para transformar la anónima en limitada aunque de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio se suponga que no hay solución de continuidad, la primera debe ser liquidada para determinar el valor de sus activos y pasivos y por tanto determinar la cantidad que a cada accionista corresponde como participación en las reservas que en su hora fueron utilidades aunque no repartidas. En ese momento es cuando el artículo 51 demandado decide que estas utilidades acumuladas sean gravadas. En esto la Sala coincide con la representante del Ministerio de Hacienda y con el señor Fiscal. Este último, después de citar y transcribir el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, el 16, el 17, el 40, el 42 y el 43 en su párrafo segundo concluye: “la forma distinta que puede adoptar una sociedad constituida, antes de su disolución y de conformidad con las disposiciones vigentes del Código de Comercio, no se lleva a cabo mediante un hecho simple sino por medio de un proceso complejo; asamblea general, balance, distribución de utilidades, acuerdo sobre reforma del contrato social, escritura pública y registro en la Cámara de Comercio correspondiente etc. “El estatuto reorgánico del impuesto sobre la renta y complementarios, al establecer las disposiciones pertinentes en relación con accionistas, socios, comuneros o asociados y al precisar lo que constituye dividiendo o utilidad para efectos tributarios, tuvo en cuenta las normas correspondientes del Código de Comercio contenidas en el libro segundo sobre sociedades comerciales, su constitución, aportes de los asociados, utilidades, reformas del contrato social, transformación y fusión etc. Y por eso, cualquier examen de sus normas hay que hacerlo considerando también los preceptos generales y especiales recogidos en el Decreto 410 de 1971. “El Código de Comercio autoriza la transformación de una sociedad mediante una reforma del contrato social y dispone que tal circunstancia no produce solución de continuidad en la existencia de la misma como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio. (Art. 167). Toda reforma del contrato de sociedad comercial por escritura pública se debe registrar en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma y en el documento debe insertarse un balance

general, que servirá de base para determinar el capital de la sociedad transformada, aprobado por la asamblea o por la junta de socios y autorizado por un contador público, y para la validez de la transformación es necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos por el Código para la nueva forma de sociedad. (Arts. 158, 170, 171). "En las compañías de responsabilidad limitada, los socios responden hasta el monto de sus aportes; el capital social —dividido en cuotas de igual valor— se debe pagar íntegramente al constituirse la sociedad y los socios no pueden exceder de veinticinco" (Arts. 353, 354, 356). "De lo anterior se desprende que cuando se transforma una sociedad anónima en limitada se debe determinar el capital y, en consecuencia, el aporte de cada uno de los socios, previa distribución de las utilidades obtenidas en la anterior forma social. Y si ello es así, resulta lógico que la parte proporcional correspondiente a los socios se grave, pues constituye dividendo o utilidad". (Sentencia de abril 23 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Armando Parra Escobar). . . . .

146

39. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

*Deducciones admisibles por la prestación de servicios personales independientes. Se declara la nulidad de los artículos 57 y 58 del Decreto reglamentario 187 de 1975.*— Estas normas rezan así: "57. Para la aceptación de las deducciones en los porcentajes señalados en el artículo anterior, el contribuyente deberá cumplir, además de los requisitos especiales a que se refiere el párrafo del mismo, los relativos a pagos a terceros". "58. Para los efectos del artículo 56, se entiende por servicios personales independientes los que se prestan sin subordinación, en desarrollo de cualquier actividad remunerada". Se transcribe lo pertinente de la sentencia de octubre 9 de 1975: "Es indudable que el Decreto 2053 de 1974 derogó expresamente las disposiciones contenidas en la Ley 63 de 1967 y en el Decreto-ley 1366 del mismo año, la primera de las cuales en el artículo 7º estableció la proporcionalidad de las deducciones permitidas como expensas en las actividades generadoras de renta provenientes de la prestación de servicios". Igualmente es indudable que el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, fijó como criterio para determinar el monto de dichas expensas, el criterio comercial "teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes". Cabe observar que el 3º inciso de ese artículo que le daba facultad al Director General de Impuestos para señalar las normas que orientan ese criterio, fue declarado inexecutable por la honorable Corte Suprema de Justicia en atención a que desplazaba la facultad reglamentaria y la autoridad impositiva de la ley en un funcionario de inferior categoría. "Pero además las limitaciones a que se refiere el segundo inciso del artículo 45 están determinadas en los artículos 46 a 66 siguientes, sin que en ninguno de ellos se determine límites al monto de dichas expensas, distintas del sano criterio comercial y su necesidad a que se refiere el mencionado inciso. "No habiendo pues, establecido la ley limita-

ciones en la proporcionalidad de los gastos, mal puede establecer rigidamente esa proporcionalidad a través del reglamento, pues ello implica una determinación por encima de las prescripciones de orden legal ya establecidas. "Si a esto se agrega que esas limitaciones rígidas establecidas por la Ley 63 de 1967 fueron expresamente derogadas por el mismo Decreto 2053 de 1974, no es posible jurídicamente tratar de revivir el sistema por medio del reglamento, pues además de contrariar el criterio general de la ley ella no autoriza al ejecutivo para hacerlo. "En el auto de 7 de mayo de 1975 por medio del cual la Sección Cuarta confirmó, con ponencia del doctor Gustavo Salazar Tapiero, la suspensión provisional de la norma decretada por el sustanciador se dijo: " "En forma constante y desde hace muchos años el Consejo de Estado viene sosteniendo que la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios "para la cumplida ejecución de las leyes" y no puede, por lo tanto, el Jefe de Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni aplicar ni restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas de las establecidas en la ley, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere. "Confrontada la norma del artículo 45 del Decreto legislativo 2053 de 1974 con la 56 del reglamento, resulta a primera vista que en aquella no se establece ninguna excepción al principio general de que son deducibles de la renta las expensas realizadas durante el año gravable "siempre que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad", y como en el reglamento se establecen unos porcentajes fijos de deducciones respecto de las rentas provenientes de la prestación de servicios personales independientes, resulta que el Gobierno sí excedió la potestad reglamentaria, ya que restringió el alcance de la norma respecto de determinados contribuyentes". "Y días antes por demanda casi simultánea formulada por otro ciudadano contra la misma norma acusada, el Consejero Miguel Lleras Pizarro en auto del 3 de abril de 1975 dijo: " "El artículo 56 del Decreto 187, cuya nulidad se pide es reproducción del artículo 7º de la Ley 63 de 1967 y del artículo 28 del Decreto 154 de 1968. El artículo 143 del Decreto-ley 2053 de 1974 en el que se señalan las normas anteriores expresamente derogadas, incluye la Ley 63 de 1967. Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia pero sólo en cuanto por ella se derogaban los artículos 11 y 12 de la Ley 6ª de 1973 y las disposiciones que habían sido sustituidas por las normas que ese fallo declara inexecutable. Los artículos mencionados de la ley de 1973 concedían ciertas ventajas tributarias a los pilotos de naves aéreas. La norma legal vigente es la del artículo 45 del Decreto Ley 2053 de 1974 que señala el principio general que sistemas legales anteriores consignaban en términos idénticos, según el cual son deducibles las expensas necesarias para la producción de la renta en cuanto proporcionadas de acuerdo con cada actividad y según el criterio comercial que resulta de la costumbre. Se agrega que hay limitaciones expresas que son las de los artículos 46, 47 y siguientes, ninguna de las cuales hace catálogo especial sobre las deducciones aceptables por

Páginas

prestación de servicios personales independientes, como lo hacia el ya citado artículo 7º de la derogada Ley 63 de 1967 y del 28 del Decreto reglamentario 154 de 1968 en todo tiempo considerado con exclusiva referencia a la misma ley y a su decreto-ley antecedente, número 1366 del mismo año de 1967. "Según piensa el Consejero conductor de este proceso es violatorio de los límites naturales de la potestad reglamentaria reproducir por esta vía, la reglamentaria, normas legales expresamente derogadas por estatuto de jerarquía legal". (Sentencia de abril 23 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Armando Parra Escobar). . . . .

146

40. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.

*Se suspenden provisionalmente los efectos del artículo 4º del Decreto reglamentario número 2803 de 1975.*— Aunque el Decreto 2815 en su artículo 3º reglamentó minuciosamente lo que tiene que ver con la vinculación económica prevista en el Decreto legislativo 1988 de 1974, en el momento de examinar sobre la suspensión provisional no es pertinente transcribir aquellas reglas, porque el acto impugnado es de igual jerarquía, reglamentario. Qué se entiende por vinculado económico, está ampliamente explicado en el decreto legislativo original y en el Código de Comercio el que remite al primero. La reglamentación contenida en el citado Decreto 2815 de 1974, aunque superflua, es bien explícita en cuanto llama la atención acerca de la circunstancia según la cual la cadena de excepciones en cuanto hace a la causación del impuesto, por vinculación económica, cesa en el primer momento en que un comprador del bien gravado no sea vinculado económico con su vendedor. La regla según la cual esa desvinculación que se produce por precepto de jerarquía legal, reaparece en cuanto más tarde aparezca algún comprador económicamente vinculado con el primer vendedor, es complicada filigrana de orden reglamentario que a primera vista contradice todo el sistema de jerarquía legal, como puede concluirse de la mera comparación de los textos que ya se transcribieron. El renacimiento de la excepción no puede producirse por la vía reglamentaria, sería necesaria una ley que modificara las descripciones minuciosas del Decreto legislativo 1988 de 1974. (Auto de febrero 24 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Miguel Lleras Pizarro. Acción de nulidad contra el artículo 4º del Decreto reglamentario Nº 2803 de 1975. Actor: Guillermo Gómez). . . . .

377

41. INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

*Sentido y alcance de esta expresión en nuestro derecho constitucional. Desarrollo conceptual. Medio y formas de intervención. Tipos diferentes de decisión o momentos en el proceso de intervención económica del Estado. Los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de la potestad de intervención económica tienen fuerza de ley La intervención del artículo 120-14 de la Constitución Nacional.*— El ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, norma nueva adoptada



en la reforma constitucional de 1966, se consagra una función gubernamental que en el texto mismo se califica como de *intervención* sobre una materia de indiscutible contenido económico, como son "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", o sea que se trata de una función de intervención económica. Esta expresión tiene en nuestro derecho constitucional un sentido y un alcance perfectamente definidos en el artículo 32 de la Carta, en el cual se señalan no solamente el objeto de la intervención estatal en la economía, sino también sus fines intermedios y últimos. Bajo una concepción política que reconoce y garantiza el principio de la libre empresa y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero que, a la vez, le reserva al poder público "la dirección general de la economía", la Carta no puede menos de concederle a aquél la competencia de intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y de los servicios, para lograr el desarrollo económico o integral de la comunidad y realizar en ella la justicia social a través de medios que permitan su racionalización y su planificación. Tal es, pudiera decirse, la filosofía de la intervención económica, aplicable cuando quiera que la Constitución o la ley se refieran al fenómeno, ya sea con esta calificación, como se hace en el artículo 120-14, o con otra expresión análoga. Si el artículo últimamente citado habla de intervención en una materia de indiscutible contenido económico, no puede el intérprete desatender el sentido propio que a esa expresión le ha asignado el constituyente, ni tratar de entender la función que allí se atribuye como algo divorciado sustancialmente de los principios generales contenidos en el artículo 32. La intervención del Estado en la economía es una ingerencia del poder público en una cualquiera de las fases del proceso económico, con el fin de producir consecuencias o efectos, también de tipo económico y que se traduce en limitaciones de la actividad privada, o de la libre empresa. Difiere sustancialmente de otro tipo de ingerencias del mismo poder público en las actividades privadas con finalidades que no tienen un sentido económico, al menos directamente sino una significación de prevaleciente alcance jurídico, para conciliar el ejercicio de la libertad individual con la libertad de los demás y con los derechos de la comunidad. De este último tipo son los diversos controles que en nuestra Constitución se conocen bajo la denominación genérica de inspección y vigilancia (Arts. 36, 39, 41, 120, numerales 12, 15, 19) y que son como la emanación natural de la soberanía dentro de la concepción tradicional del Estado liberal. En cambio, la intervención en la economía responde a un nuevo atributo estatal que resulta del papel activo que debe asumir el poder público para procurar que la libertad no sea algo puramente formal, sino una verdadera realidad, un hecho auténtico en la vida social. Por ello la intervención desborda el simple control de la pura legalidad y se expresa en actos que persiguen un resultado económico concreto: aumento de la producción, incremento cualificado de la misma, redistribución del ingreso, aumento del poder adquisitivo del consumidor o de la demanda, etc. Los medios para realizar la intervención son de una gran variedad cualitativa y su intensidad puede ser mayor o menor según lo permita la concepción del Es-

tado que se haya adoptado en la Carta fundamental. Pueden consistir en simples estímulos a la iniciativa privada (tributarios o de otra clase), de fomento a través de asistencia técnica y de crédito, de auxilios oficiales; puede consistir en actividad de organización y de coordinación para canalizar y encauzar la producción hacia determinados objetivos mediante la institucionalización de instrumentos adecuados para el efecto; pueden manifestarse también en el establecimiento de controles de precios, de tarifas o de calidades. Ya en un plano de mayor profundidad, esos medios pueden expresarse en una coparticipación del Estado con la iniciativa privada, a través de las llamadas empresas de economía mixta, o en la organización de empresas puramente estatales que entren en competencia con los particulares dedicados a la misma actividad (empresas industriales y comerciales del Estado) y que, incluso impliquen la eliminación de esa concurrencia en determinados sectores de la economía, porque se considera que dada la trascendencia social de la necesidad, sea aconsejable que el Estado asuma exclusivamente la prestación de los servicios que deben satisfacerla. En este orden de ideas la intervención estatal ha llegado en el mundo contemporáneo hasta la socialización de los medios de producción, como ocurre en los Estados Socialistas. Es evidente que en Colombia no es constitucionalmente posible que la intervención del Estado pueda alcanzar este último grado, máxime si nuestra organización política parte del supuesto, reconocido hoy de manera expresa en la Carta y garantizado en ella de la existencia de la iniciativa privada y de la libertad de empresa. Pero como al Estado se le asigna una función de dirección general de la economía para procurar el bien común, en razón de lo cual se le reconoce aptitud para tomar ingerencia activa en el proceso económico, es indiscutible que resultan jurídicamente factibles las formas restantes de intervención. En ciertos campos, como el del transporte férreo, los servicios de energía, acueducto, las comunicaciones telefónicas, telegráficas y postales, la intervención estatal ha significado el desplazamiento total de la iniciativa privada. En otros, como la industria bancaria, el Estado concurre con ella, a través de instituciones oficiales de crédito; en la esfera comercial se han instituido organismos de distribución de productos esenciales de consumo, también concurrencia con la iniciativa privada. En relación con los tres momentos que se han descrito, la innovación introducida por el artículo 120-14 incide sobre el primero únicamente, en cuanto la intervención "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", no requiere el mandato previo del legislador, pues se la instituyó como función *propia* del Gobierno. De esta suerte, si el Gobierno dicta un decreto de intervención en esta esfera de la economía, en él está implícito el juicio político sobre la conveniencia, la necesidad o la oportunidad de intervenir y sus disposiciones normativas, en las cuales se determinan los medios de la intervención, tienen igual jerarquía que la ley formal como ocurre en la intervención genérica del artículo 32, pero con una salvedad de señalada importancia que se deriva del carácter excepcional que tiene el precepto contenido en el artículo 120-14, en relación con el régimen general de la intervención prescrito en el

artículo 32, y de la determinación muy precisa que la propia Carta hace en relación con el ámbito de aquella intervención en cuanto la limita a la actividad de las personas que allí se mencionan. En este orden de cosas, la Sala considera importante precisar que no es dado al Presidente en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, ni modificar o derogar leyes que no se hallen en contraposición con la necesaria intervención de que trata dicho numeral, ni variar la estructura interna o la organización de las personas jurídicas cuyas actividades son objeto de intervención, si bien puede, en cuanto sea necesario para el correcto ejercicio de ésta, cambiar la entidad que ha de constituir el medio o instrumento de la referida intervención. (Sentencia de febrero 4 de 1976; Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Acción de nulidad contra las disposiciones relacionadas con el sistema de ahorro de valor constante UPAC, (Acumulados). Actor: Eduardo Molina). . . . .

57

## J

## 42. JUICIOS DE IMPUESTOS.

*Al llegar al Consejo de Estado un proceso de revisión de impuestos por la vía de la consulta, la corporación tiene facultad suficiente para modificar la liquidación elaborada por el Tribunal si en ella se ha incurrido en error que contraría los reconocimientos que se han hecho en derecho, confirmados por el Consejo, y lógicamente puede modificar la orden de devolución de dineros, para aumentarla o disminuirla si el cálculo hecho por el Tribunal no corresponde al exceso que resulte entre la liquidación bien elaborada y las sumas que acredite haber pagado el contribuyente.—* Cabría la duda de si al llegar un negocio de esta naturaleza, por la vía de la consulta al Consejo de Estado, se puede modificar en favor del contribuyente las decisiones tomadas por el Tribunal, siendo que de acuerdo con el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo la consulta se entiende interpuesta a favor del Estado a falta de la apelación correspondiente por parte del Ministerio Público. La duda en cuestión se resuelve, teniendo en cuenta lo que al respecto ha sostenido la jurisprudencia y es que con los negocios de revisión de impuestos no se busca un pronunciamiento judicial de condena para crear una obligación a cargo del Estado, sino simplemente una sentencia declarativa que establezca el verdadero cuántum del impuesto que debe pagar el ciudadano en favor del Estado; y por lo tanto la elaboración de una nueva liquidación de dicho impuesto no tiene más alcance que el traducir en guarismos lo que el fallo haya reconocido en derecho. Igualmente, cualquier suma de dinero que se ordene restituir al contribuyente no es sino la consecuencia del reconocimiento en derecho de las obligaciones de éste para con el Estado frente de los pagos efectuados por ese concepto. Sobre este punto, es importante hacer mención de la sentencia de fecha 2 de abril de 1959, ponencia del doctor Francisco Eladio Gómez donde se puntualiza muy exactamente los alcances de las sentencias en los procesos de revisión de impuestos y la razón de ser de las consultas de

esos fallos que no fueron consagrados en el Código Contencioso Administrativo sino posteriormente por medio del artículo 28 del Decreto 2790 de 1953, siempre y cuando que como consecuencia de un fallo de esta clase se ordene devolver dineros al contribuyente en cuantía superior a los \$ 2.000.00, en igual sentido se pronunció esta sección en sentencia de 3 de diciembre de 1970 (Sentencia de 8 de abril de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Sociedad Motores S. A. Revisión de impuestos). . . . .

479

43. JURISDICCION COACTIVA.

*Las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de impuestos nacionales sobre el monto de las liquidaciones correspondientes, prestan mérito ejecutivo (Art. 562, numeral 2º, C. P. C.).* Como la acción ejecutiva se inició bajo el régimen de la Ley 108 de 1931 (antiguo Código de Procedimiento Civil), el artículo 1059 de dicho Código establecía que además de los documentos mencionados en el artículo 982 prestan mérito ejecutivo... "2. Las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores de impuestos...". Con esta disposición se hace excepción a la regla general de que el título ejecutivo debe provenir del deudor, pero en ambos casos éste debe contener una obligación clara y expresa y exigible tal como lo imponía el artículo 982. El nuevo Código de Procedimiento Civil establece los mismos requisitos anotados al mencionar en el numeral 2º del artículo 562, que prestan mérito ejecutivo "las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de impuestos nacionales sobre el monto de las liquidaciones correspondientes..." y expresamente habla el artículo 561 que en este proceso no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa. Ahora bien, como de acuerdo con el artículo 996 del antiguo Código equivalente al 497 del nuevo, el juez competente debe ordenar al demandado cumplir la obligación cuando se le presente un documento que de acuerdo con lo anteriormente expuesto presta mérito ejecutivo, y eso es lo que ha hecho la Sección de Cobranzas y Ejecuciones en su providencia del 27 de julio de 1974, el auto materia de apelación debe ser confirmado. (Auto de enero 15 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: La Nación, contra el Banco de Colombia. Jurisdicción coactiva. Apelaciones): . . . . .

485

44. JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

*De la Corte Suprema de Justicia por vía directa. Modalidades (Arts. 121, 122 y 214 C. N.) y sub-especies del proceso de inexecutable a que dan lugar. La intervención del Procurador General de la Nación en el proceso es obligatoria en los casos del control directo, incluyendo el llamado "control automático" introducido en la reforma de 1968, mas no en el indirecto, o por vía de excepción. Sentido del vocablo "acción", en el artículo 214 de la Constitución Nacional. Se declara la nulidad de la frase "tanto el Procurador Gene-*

*ral de la Nación, como ...-del artículo 14 del Decreto 432 de 1969.* La jurisdicción constitucional que le compete a la Corte Suprema de Justicia por vía directa, vale decir la que no se realiza a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad, presenta hoy tres modalidades que la Constitución distingue con rigurosa claridad (Arts. 121, 122, 214) y que dan lugar a tres sub-especies del proceso de inexecutable, a saber: *Primera.* La actuación jurisdiccional provocada por el rechazo de las Cámaras a la objeción de inconstitucionalidad que formule el Gobierno en relación con un proyecto de ley aprobado por el Congreso en los debates reglamentarios. En esta hipótesis el objeto de la pretensión es el proyecto de ley y la pretensión misma es la presunta inconstitucionalidad aducida en el mensaje de objeciones. *Segunda.* El proceso se inicia como consecuencia del ejercicio de la acusación ciudadana, en orden a obtener la declaración de inexecutable de una ley o de un decreto del Gobierno dictado en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76 ordinales 11 y 12 y el 80 de la Carta. *Tercera.* La actuación jurisdiccional se produce "ex-oficio", una vez que el Gobierno remite a la Corte los decretos legislativos que dicte en ejercicio de los poderes extraordinarios que se le confieren durante la emergencia económica o el estado de sitio, o, cuando la Corte, a falta del envío, aprehende inmediatamente su conocimiento. Con respecto a la intervención del Procurador General de la Nación, prescribe la Carta que "deberá intervenir siempre en las acciones de inexecutable (Art. 214). Quiere significarse con ello que sólo es imperativa en la segunda hipótesis, o sea, cuando el control constitucional es provocado por el ejercicio de la acusación ciudadana? ¿Qué sentido, tiene el vocablo "acción" en la norma citada? Para hallar respuesta adecuada a estos interrogantes es preciso, en primer lugar, rastrear en la evolución constitucional para tratar de verificar si en esta materia ha existido, o no, un criterio del cuerpo constituyente. Este examen debe iniciarse a partir de 1910 porque en el acto legislativo Nº 3 de ese año quedó perfilado con sus rasgos fundamentales la jurisdicción constitucional en los siguientes términos: "Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". "Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución". En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la executable de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, *previa audiencia del Procurador General de la Nación* (subraya la Sala). El primero de los medios de control de constitucionalidad, (Art. 40 citado) se denominó desde entonces por la doctrina y la jurisprudencia como el de la vía de excepción de inconstitucionalidad, por su carácter indirecto y el segundo, el directo, como el control por la vía de acción. Este último presentaba dos modalidades según la actuación jurisdiccional fuere provocada por el ejercicio de la acción ciudadana o por acto gubernamental, a través del mensaje de objeciones de inconstitucionalidad que hubiere sido objeto de rechazo por las Cámaras. *Dentro de las dos modalidades del control directo, exigía la*

*Constitución la audiencia previa del Procurador General de la Nación.* Las disposiciones transcritas se conservaron intactas en la reforma constitucional de 1936 y sólo fueron objeto de modificación en el año de 1945, cuando se consagró un título de la Constitución a la materia que, desde entonces se denomina "jurisdicción constitucional". Las reformas introducidas no fueron sustanciales, pues se conservó en lo fundamental, el sistema instituido en el año de 1910. En efecto, se cambió la expresión actos legislativos por la de leyes, porque a aquella denominación se le había atribuido un sentido específico en cuanto referida a los actos reformatorios de la Constitución; se hizo una enumeración taxativa de los decretos sometidos a la decisión de la Corte en materia de exequibilidad para atribuir los restantes al control jurisdiccional de los órganos de lo contencioso administrativo, con el fin de delimitar con precisión las diversas órbitas de competencia y, por último se cambió la frase "previa audiencia del Procurador General de la Nación" por la siguiente: "En las acciones de inexecuibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación". No hay constancia en los antecedentes del acto legislativo de 1945 que el constituyente hubiese considerado inconveniente o inadecuada la intervención del Procurador en el caso de examen de inconstitucionalidad provocado ante la Corte por las objeciones presidenciales a los proyectos de ley, ni que la premura del término de seis (6) días señalado a la Corte para su pronunciamiento hiciera imperioso eliminar la intervención del Procurador. No sobra advertir que ese término tan breve está consagrado en la Constitución desde 1886, y que, por lo tanto, la audiencia previa del Procurador exigida por el acto legislativo se cumplió no obstante la premura del lapso señalado para la decisión. Ello indica que el empleo por el constituyente del año 45 del vocablo acción no tuvo por fin limitar la audiencia del Procurador a los casos de la acusación ciudadana, sino expresar, acogiendo la terminología acuñada jurisdiccional y doctrinalmente, que la intervención en el proceso era necesaria e imperiosa en los casos del control directo o, por la vía de acción y no en el indirecto, o sea, el de la vía de excepción. Vale decir que, no obstante el cambio literal del texto, el principio consagrado sobre este punto desde 1910 se conservó intacto. En la reforma constitucional de 1968 se introdujo la innovación que algunos han denominado "control automático de la constitucionalidad", en relación con los decretos que dicte el Gobierno en ejercicio de las facultades que emanan del estado de sitio y de la emergencia económica. Se trata también de un control de tipo directo en el que se provoca la actividad jurisdiccional por la simple expedición del decreto. En cuanto a la intervención del Procurador en esta nueva especie de control, el constituyente del año 68 no consagró ninguna disposición expresa para excluirla; simplemente se limitó a reiterar la fórmula establecida en el año 45. Por consiguiente, dado que el nuevo control instituido no puede catalogarse como indirecto, o por la vía de la excepción o sino que se toma como directo o por la vía de la acción, ha de entenderse que la intervención del Procurador en el proceso correspondiente, también es necesaria e imprescindible. No suele el constituyente emplear las palabras dentro del marco riguroso de sus acepciones técnico-jurídicas, entre otras muchas razones porque es un cuerpo políti-

co que actúa fundamentalmente en función política para trazar los lineamientos generales de la organización estatal y no para precisar los desarrollos específicos de las instituciones, campo éste último en el cual la técnica sí debe jugar un papel importante. Por ello el intérprete debe ser muy cuidadoso cuando se trata de descifrar el alcance de vocablos empleados por el constituyente y que puedan tener simultáneamente una significación técnica precisa o un sentido menos riguroso en el lenguaje corriente, tal y como ocurre en este caso con la palabra acción. Todo, pues, parece indicar según se expresó atrás que en el texto del artículo 214 se empleó el vocablo para indicar los tres tipos de control constitucional, diferentes al que se realiza a través de la llamada excepción constitucional; vale decir, que acción se opone a excepción. Pero en el supuesto de que el razonamiento anterior no fuere suficiente y que la palabra tuviese una estricta significación procesal, la conclusión tampoco podría ser que la intervención necesaria del Procurador se limitara a la hipótesis del control jurisdiccional de la Corte provocado por acusación de los ciudadanos, a menos de equiparar el concepto específico de la acción en el proceso civil, haciendo caso omiso de otros tipos de acción en los cuales la naturaleza pública se acentúa, en medida tan considerable, que no es menester la instancia de persona alguna para provocar la actividad del órgano jurisdiccional que da lugar al proceso. Precisamente en el caso del control automático habría razones muy poderosas para concluir que el fenómeno jurídico que allí se configura es análogo al de la acción y el proceso penal, pues la sola noticia de la existencia del decreto, así como la noticia del crimen, son suficientes para provocar el ejercicio de la jurisdicción. De otra parte, es evidente que en caso del control jurisdiccional por razón de las objeciones de inconstitucionalidad a los proyectos de ley, resulta provocado por la pretensión ejecutiva formulada en el mensaje de objeciones y rechazada por las Cámaras, en razón de lo cual no sería un despropósito jurídico establecer analogía entre ese mensaje y una demanda en sentido estricto. Por lo demás cuando se creó el llamado "control automático" en la reforma constitucional de 1968, se previó expresamente la intervención de cualquier ciudadano en el proceso correspondiente (Art. 214) porque se la consideró no sólo necesaria sino conveniente para el acierto de la decisión. Si tal fue el criterio del constituyente no se advierte razón valedera para presumir que simultáneamente hubiese considerado inconveniente, innecesario o menos importante la intervención del Procurador en ese mismo proceso. Este es otro argumento en contra de la interpretación restrictiva del artículo 214 si el control automático tiene igual trascendencia que el control rogado, cuál la razón para que el Procurador deba intervenir en el uno y no en el otro? Las razones precedentes le permiten concluir a la Sala que, a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 214, 121 y 122 de la Constitución, la intervención del Procurador General de la Nación es obligatoria en todos los casos en que la Corte Suprema de Justicia deba decidir sobre la exequibilidad. De esta suerte, la intervención del Procurador que se contempla en el artículo 14 cuya nulidad se pretende, no puede considerarse que emane del propio artículo en referencia, pues, esta disposición apenas puede estimarse como un pretendido desarrollo

de un principio establecido ya en la Carta fundamental. Esa intervención emana directamente de los artículos 217, incisos 3º y último, en concordancia con los artículos 121 y 122 de la Carta. Se limita la Constitución a prescribir el deber del Procurador de intervenir en los procesos de inexecuibilidad, que, además, determina cómo entiende esa intervención. En efecto, el artículo señala que deberá rendir concepto, de donde se concluye que obviamente, para estar en condición adecuada de hacerlo, en los casos de los artículos 121 y 122, debe conocer los escritos que los ciudadanos hayan podido dirigir a la Sala Constitucional para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto, de donde se infiere que el instrumento procesal más idóneo para tal efecto es el traslado. De otra parte, también la Carta señala expresamente los términos dentro de los cuales ha de cumplir el Procurador con ese deber; en los casos de acusación ciudadana treinta (30) días y en la denominada revisión automática diez (10) días, de lo cual se concluye que las disposiciones que se dicten para el desarrollo de los preceptos constitucionales en cuestión, ya sea que emanen del Congreso, o bien del Gobierno en ejercicio de la facultad especial que le otorgó el constituyente, deben respetar aquellos términos. Ciertamente la Constitución no fija de manera expresa, el término dentro del cual el Procurador deba rendir concepto en el caso del control de la constitucionalidad provocada por las objeciones presidenciales a los proyectos de ley, pero no es menos cierto que los artículos 121, 122 y 214 al nivelar los términos para rendir concepto y para rendir ponencia en las restantes hipótesis del control constitucional por la vía de la acción, se está consagrando un principio general de derecho aplicable a la hipótesis primeramente enunciada. El artículo 14 del Decreto 432 de 1969 prescribe que la fijación en lista de tres (3) días es la oportunidad para que el Procurador intervenga en los procesos de inexecuibilidad que se susciten por la expedición de decretos de estado de sitio o de emergencia económica; además se señala en dicha norma el instrumento para hacer efectiva la intervención ciudadana en los mismos procesos. En cuanto se refiere al Procurador, teniendo en cuenta la argumentación precedente, es indiscutible para la Sala que esa disposición viola los artículos 121, 122 y 214 de la Carta fundamental porque cambió un traslado previsto en la Carta por una fijación en lista y porque como lo afirma el demandante, el término u oportunidad de la intervención del Procurador se rebajó a tres (3) días cuando debía ser de diez (10). Pero en cuanto se refiere a los ciudadanos no le asiste razón al actor cuando formula el cargo, pues no existe disposición constitucional que prefigure ningún término para el ejercicio de la facultad que por el artículo 214 se le confiere a aquéllos. Podría ser cuestionable desde un punto de vista de pura conveniencia, la inadecuación del término fijado en el artículo 14 acusado, e inclusive podría hacerse un examen de su juridicidad para ver de establecer si, atendida la forma de iniciación del proceso, la brevedad del plazo pudiera entrafñar, en cierta forma, una merma del derecho otorgado; pero la Sala se abstiene de hacer consideraciones al respecto porque el cargo no se ha formulado sobre estas bases. (Sentencia de 24 de mayo de 1976; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Salvamento de voto de los



Consejeros doctores Alfonso Castilla Sáiz, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero, Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández. Actor: Héctor Rodríguez P. Acción de nulidad contra el artículo 14 del Decreto 432 de 1969). ... 171

#### 45. JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

*De la Corte Suprema de Justicia. Modalidades. Intervención de terceros y del Procurador, en el examen de la constitucionalidad de los Decretos dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional. Constitucionalidad del artículo 14 del Decreto 432 de 1969.*— 1. Según los actuales textos constitucionales, se pueden hacer cuatro grandes categorías sobre el control de constitucionalidad que ejerce la Corte: a) La acción de inexecuibilidad, propuesta por cualquier ciudadano contra la ley y los decretos dictados con base en los artículos 80 y 76, ordinales 11 y 12, a los cuales expresa y taxativamente se refieren los artículos 118, ordinal 8º y 214, ordinal 2º de la Constitución; b) El “control automático”, sobre los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución, al cual se refieren los artículos 90, 118, ordinal 8º, 121, 122 y 214, ordinales 1º y 2º, inciso 2º de la Constitución; c) El examen de la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales de conformidad con lo prescrito por los artículos 90 y 214, ordinal 1º, de la Constitución; d) La excepción de inconstitucionalidad, que puede aplicar la Corte, como cualquier otro funcionario, prevista como tal por el artículo 215 de la Constitución. 2. No se discute, en el caso sub judice, el procedimiento para adelantar y decidir las acciones de inexecuibilidad, en los cuales, como prescribe el artículo 214, ordinal 2º, inciso 2º, de la Constitución “deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación”, en la forma y dentro de los términos señalados por el inciso 4º ibídem; ni el procedimiento para decidir las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de ley, sobre el cual el artículo 90 de la Constitución simplemente prescribe que, “si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad” (subrayamos); ni menos el alcance ni la oportunidad en que se debe dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad. 3. El actor infirma el artículo 14 del Decreto Nº 432 de 1969 porque lo considera violatorio de los artículos 121, 122, 214, 215 y 218 de la Constitución, en cuanto “redujo en forma arbitraria los términos que tienen tanto los ciudadanos como el Procurador para presentar sus escritos”: *a este respecto, se afirma que “el nuevo término que les señaló fue de tres (3) días”, no obstante que, según la lógica matemática, debió ser de diez.* 4. Consideramos que la acción, no podía prosperar: a) *Según el motivo invocado.* El artículo 14 del Decreto Nº 432 de 1969, que regula la intervención de terceros en el examen de la constitucionalidad de los decretos con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución, debió disponer de un término de fijación en lista, no de tres días, sino de diez días. Pero, de conformidad con el artículo 214, ordinal 2º, inciso 2º, de la Constitución, “en los casos de los artículos 121 y 122 cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren”, *sin que*

al efecto fijara un término, motivo por el cual mal puede alegarse que éste debió ser de diez y no de tres días; b) Por el contrario, ante el transcrito precepto constitucional, el Gobierno debió dictar la norma acusada para llenar el indicado vacío de la Constitución, con base en la competencia que le dio el artículo 76, letra c), del acto legislativo número 1º de 1968, "para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo" (subrayamos): si la Constitución instituyó la posibilidad de que los ciudadanos intervengan directamente, "para defender o impugnar la constitucionalidad", en el estudio de los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122, ¿por qué puede ser inconstitucional el que el Gobierno, con base en autorización especial y expresa de la misma Carta, mediante la norma acusada haya señalado el término dentro del cual pueda efectuarse esa intervención?; c) La sentencia de la cual disintimos declara la nulidad parcial del precepto, en cuanto se refiere al término de traslado al Procurador, y la deniega en lo demás, por razones semejantes a las que acabamos de exponer. Pero, en primer lugar, el actor no infirma el acto a causa de que considere que omitió el traslado al Procurador, sino porque estima que el término de fijación en lista, tanto para el Procurador como para cualquier ciudadano pueda hacerse parte, debió ser de diez y no de tres días, bajo el supuesto tácito consistente en que en el examen de los decretos dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución no es procedente efectuar el mencionado traslado al Procurador: si el actor no funda su petición en la omisión del traslado al Procurador sino en que el término de fijación en lista debió ser de diez días, la Sala no podía proferir su decisión, como lo hizo, con base en motivo distinto del alegado: pues según el artículo 84 ordinal 4º del Código Contencioso Administrativo, el examen de la acción de nulidad de un acto debe efectuarse, sin excepción alguna, con base en las disposiciones invocadas y en el concepto de violación. Lo contrario, como sucedió con la sentencia de que disintimos, constituye un juzgamiento oficioso y caprichoso, al margen de los fundamentos de la acción, no obstante que éstos circunscriben el poder del juzgador; d) De manera que el problema planteado por el actor consiste en la afirmación de que el término de fijación en lista, prescrito por la norma acusada, debió ser de diez días, según los párrafos de los artículos 121 y 122 de la Constitución, equivalentes a la tercera parte del señalado por el artículo 214, inciso final, de la misma Carta. No consideramos fundada esta aserción del actor por los siguientes motivos: i) Como anotamos anteriormente, el artículo 14 del Decreto número 432 de 1969 tiene por finalidad desarrollar, con fundamento en atribución específica que le dio al Gobierno el artículo 7º letra c), del acto legislativo número 1 de 1968, el artículo 214, ordinal 2º, de la Constitución, que permite a cualquier ciudadano intervenir, en la forma indicada, "en los casos de los artículos 121 y 122": la norma acusada determina el término para hacerlo, en defecto de la Constitución, la cual, por lo mismo, no fue infringida sino observada por el Gobierno; ii) El inciso final del artículo 214 de la Constitución prescribe los términos dentro de

los cuales deben ejercer sus respectivas funciones, en relación con "las acciones de inexecutableidad", el Procurador, la Sala Constitucional y la Sala Plena de la Corte, y los parágrafos de los artículos 121 y 122 reducen los que regulan a la tercera parte de aquéllos, es decir, a diez días. *Pero ninguno de ellos se refiere ni directa ni indirectamente, al término de fijación en lista*, que sólo fue señalado por el artículo 14 del Decreto número 432 de 1969, con fundamento en el artículo 214, ordinal 2º, inciso 2º, de la Constitución y con la finalidad indicada, como parte integrante de la tramitación tendiente al examen de la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las atribuciones de los artículos 121 y 122 de la Constitución; iii) De manera que, si el Gobierno, en relación con este aspecto específico, *no estaba limitado por ningún precepto constitucional, al ejercer la atribución que le dio el artículo 76, letra c), del acto legislativo número 1 de 1968, bien pudo disponer, como lo hizo mediante la norma acusada, que el término de fijación en lista de los asuntos a que se refiere sea de tres y no de diez días*, como pretende el actor. III. Las demás consideraciones de la sentencia, tendientes a sostener que, en el examen que hace la Corte de los decretos dictados por el Gobierno con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución, debe correrse traslado al Procurador, no son pertinentes al caso sub iudice *que se basa como lo hemos explicado, en un motivo diferente*, y, por ser improcedente, no debieron plantearse ni menos pudieron servir de fundamento para declarar la nulidad parcial de la norma acusada. (Salvamento de voto de los Consejeros doctores Alfonso Castilla Sáiz, Gustavo Salazar Tapiero, Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández, a la sentencia de 24 de mayo de 1976, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de que fue ponente el Consejero: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Héctor Rodríguez Pizarro. Acción de nulidad contra el artículo 14 del Decreto Nº 432 de 1969). . . . .

171

#### 46. JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

*De la Corte Suprema de Justicia. Intervención del Procurador General de la Nación en los casos de acción (Art. 214, C. N.). Objeciones del Presidente, control automático y derecho de acción.*— La propia sentencia suministra los argumentos necesarios para disenter de sus conclusiones cuando observa que "no hay constancia en los antecedentes del acto legislativo de 1945 que (sic) el constituyente hubiese considerado inconveniente o inadecuada la intervención del Procurador en el caso de examen de constitucionalidad provocado (sic) ante la Corte por las objeciones presidenciales a los proyectos de ley...". En el artículo demandado no se excluye la intervención de ese funcionario. En el artículo 214 se hace obligatoria la intervención del Procurador *en los casos de acción* y se otorga la facultad de intervención de los ciudadanos en los mismos casos. También se señalan términos para el trámite de quienes deben intervenir en el proceso pero se omite fijar los relativos a la intervención ciudadana. Los artículos 121 y 122 reducen los términos del 214 a una tercera parte. El decreto que contiene la disposición demandada se adoptó por autorización constitucional mientras la ley establece el procedimiento y para declararlo inexecutable, parece prudente com-

pararlo con los textos constitucionales tal como están escritos y sólo en el caso de contradicción obvia o, si se prefiere, violenta, cabría su nulidad. Temo que equiparar las objeciones del Presidente con el control automático resultante de las normas del 121 y del 122 es ganarle al constituyente una partida de conveniencia; y asimilar tales casos con el *derecho de acción*, excede los límites de cualquier hermenéutica. Aceptó que el constituyente en los últimos tiempos, en especial en 1968, ha sido muy descuidado, pero si se mira la nómina de quienes componían el Congreso durante esta última reforma, se encontrará más de un eminente jurista que no tiene motivo para sorprenderse sobre el significado de la palabra acción que, aunque tiene más de veinte acepciones, en el foro se sabe que es el derecho que se tiene de pedir alguna cosa en juicio, de pedir que la justicia se administre. La sentencia de que disiento está fundada en razones de conveniencia que comparto pero que, como juez, no puedo suscribir porque los fallos deben fundarse en el derecho. (Salvamento de voto del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro a la sentencia de 24 de mayo de 1976, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de que fue ponente el Consejero: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Héctor Rodríguez P. Acción de nulidad del artículo 14 del Decreto Nº 432 de 1969).

171

#### 47. JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

*De la Corte Suprema de justicia. Como tanto para las objeciones presidenciales (Art. 214, inciso 1º C. N.) como para el control automático u oficioso (Arts. 121 y 122 C. N.), se cumplen tan solo trámites de control preventivo, las facultades otorgadas a la Corte Suprema de Justicia, son de una autonomía sustancial tan grande, que elimina condicionar su trámite al ejercicio de una acción y, como consecuencia, a la confrontación de un proceso. La intervención del Procurador General de la Nación, sobre el tema en estudio, no es de carácter obligatorio como lo fue ordenado para las acciones de inexecutable.—* El suscrito Consejero considera que la elaboración jurídica de la ponencia para sostener que el control automático de la Constitución en virtud de lo dispuesto en los artículos 121 y 122 de la misma, así como el control preventivo derivado de las objeciones presidenciales contra los proyectos de ley, a que se refiere el numeral 1º del artículo 214 de la Constitución Nacional, proviene del ejercicio de una acción y que como tal está sujeto a las normas especiales contenidas en el numeral 2º del mismo artículo 214, no es aceptable, pues los trámites establecidos en la Constitución Nacional no dan cabida a la noción del ejercicio del derecho de acción definido y estudiado cautelosamente por todos los doctrinantes y que debe traducirse en una pretensión para salvaguardar un derecho individual o colectivo o aun para defensa del orden jurídico establecido. Es indudable que en cuanto, a las objeciones de inexecutable de los proyectos de ley hechos por el Gobierno, no puede predicarse que al ser remitidos a la Corte Suprema para que ejerza la competencia otorgada por la Constitución, se está ejercitando una acción sobre situaciones legales definidas, pues como su nombre lo indica el control constitucional de esos proyectos de ley son anteriores a su existencia y a su propia vigencia para garantizar la constituciona-

lidad de los mismos y sólo después del trámite establecido por la Constitución viene la sanción presidencial y se crea la situación jurídica de orden general. Eso mismo está indicando cómo no puede considerarse que la facultad otorgada a la Corte Suprema de Justicia, sea consecuencia del ejercicio de una acción que pone en movimiento a la jurisdicción, puesto que se trata de prevenir el que se dicten leyes viciadas en su forma o en su fondo de defectos de inconstitucionalidad, pero no como un derecho que ejerce el Presidente o las Cámaras, sino como una obligación que deben cumplir para que el órgano jurisdiccional competente le dé o le niegue la razón al jefe del ejecutivo. Como se ve, el control constitucional por razón de las objeciones presidenciales, no puede asimilarse al ejercicio de una acción, ni el trámite correspondiente puede considerarse como un proceso en el sentido estricto de la palabra, ya que es solamente una gestión de carácter preventivo y previo a la existencia de la norma en la que la Corte actúa, como lo dice el doctor Luis Carlos SÁCHICA en el libro *Constitucionalismo Colombiano* "en su función de guardiana de la Constitución y en el campo que le es técnicamente propio, ya que el conflicto es estrictamente jurídico incompatible entre las normas del proyecto y las de aquélla". La similitud que hace el ponente entre la función preventiva de la Corte y el de la acción y el proceso penal no es posible aceptarlo, puesto que todo el régimen represivo del Código Penal está fundado sobre la facultad que tiene el Gobierno para la conservación del orden enfrente de los actos delictuosos de un ciudadano que por virtud de ellos lo está alterando, con el poder de sancionar. Por eso la ley expresamente dispuso que "la acción penal corresponde al Estado" (artículo 10, Código de Procedimiento Penal). En el caso comentado el Presidente de la República o las Cámaras legislativas al remitir a la Corte las objeciones contra un proyecto de ley, no están ejercitando acción alguna sino cumpliendo el deber impuesto por la misma Constitución de someter a estudio y decisión las objeciones, para que un tercer órgano sea quien decida en definitiva si le asiste o no la razón al objetante y podría afirmarse que ninguna pretensión formula el Presidente ni las Cámaras en ejercicio de un derecho de acción, como se plantea en la sentencia, sino que se someten a que el conflicto entre el poder legislativo y el ejecutivo lo dirima y resuelva el poder jurisdiccional. Con relación al control automático u oficioso de los decretos dictados por el Gobierno en razón del estado de sitio o del estado de emergencia establecidos por los artículos 121 y 122 de la Carta, es más notoria la ausencia de la acción dentro de la cual pretende la sentencia incrustar estas facultades de control constitucional que tiene la Corte Suprema de Justicia; pues de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 121, que es igual al párrafo del artículo 122, "si el Gobierno no cumple con el deber de enviar los decretos dictados con fundamento en estas situaciones anormales, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento". Ello está indicando muy claramente, que el trámite de esta revisión automática, nueva figura jurídica, creada en el derecho constitucional con la reforma del año de 1968, no corresponde al ejercicio del derecho de acción en reclamo de una pretensión, sino simplemente a un trámite de garantía para el orden constitucional a fin de que el ejecutivo en ejercicio de las

facultades extraordinarias mencionadas, no extralimite su poder realizando actos de vigencia inmediata que se compadezcan con el orden constitucional preestablecido. Muy claramente ha dicho también el doctor Luis Carlos Sáchica en su nota comentada que este trámite de revisión automática u oficiosa, "elimina en la práctica la vía de acción para los ciudadanos, en lo relativo a esta clase de decretos, y sustituye el control especial de las Cámaras legislativas sobre los mismos". Todo esto hace que la tesis sostenida en la sentencia no sea aceptable, pues solamente en la acción de inexequibilidad que puede ser propuesta por cualquier ciudadano y a la que se refiere el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución es donde se perfila claramente el ejercicio de este derecho y la formulación de pretensiones para que se satisfagan. Estos temas sobre la jurisdicción, la acción y el proceso son de muy difícil precisión y por eso el tratadista Jesús González Pérez transcribe unas observaciones de Alcalá-Zamora y Castillo quien afirma "que del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es; de la jurisdicción, conocemos lo que es, pero no dónde está, y de la acción ignoramos lo que es y dónde está". Sin embargo el procesalista Couture considera que la acción es "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión". Esa definición implica en primer lugar que es un derecho de todo ciudadano con opción para ejercerlo o no, y para obtener la satisfacción de pretensiones enfrente de una situación jurídica individual o general. Pero como lo observa el propio Couture este derecho de acción no puede confundirse con otros poderes jurídicos o facultades. Estando pues sentado el principio de que tanto para las objeciones presidenciales como para el control automático u oficioso de los decretos leyes dictados en desarrollo de los artículos 121 y 122 de la Constitución, se cumplen tan sólo trámites de control preventivo, las facultades otorgadas a la Corte Suprema de Justicia, son de una autonomía sustancial tan grande, que elimina condicionar su trámite al ejercicio de una acción y como consecuencia a la conformación de un proceso. Dentro de ese mismo orden de ideas y consultando el deseo de la propia Constitución de que estos trámites se realicen dentro del menor tiempo posible para no entorpecer la acción del legislador, o del ejecutivo, la comparecencia del Procurador General de la Nación para emitir concepto sobre el tema en estudio, no es de carácter obligatorio como lo fue ordenado para las acciones de inexequibilidad. Es cierto que el Procurador por razón de las facultades que la propia Constitución le otorga, de vigilar, que todos los funcionarios al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes y en su condición de cabeza del Ministerio Público para la defensa de la sociedad, tiene la facultad y casi se podría sostener que el deber de hacerse presente en estos trámites para dejar oír su voz y su criterio sobre el tema sometido a estudio pero su presencia como la de los ciudadanos que deseen defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos, es accidental y no necesaria para la regular tramitación de los controles preventivos y automáticos a que nos hemos venido refiriendo por parte de la Corte Suprema de Justicia. En estas condiciones el hecho de que el Decreto 432 de 1969 en su artículo 14, dictado con fundamento

en el literal c) del artículo 76 del acto legislativo número 1 de 1968 haya establecido un término de 3 días para la fijación en lista de los negocios sometidos a ese trámite de control constitucional no sólo está dictado con fundamento en autorización expresa de la Constitución sino que no contraría ninguna de las normas previstas en la misma, teniendo en cuenta que no estamos enfrente de una acción de inexecutable ni de un proceso propiamente dicho. (Salvamento de voto del Consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya a la sentencia de 24 de mayo de 1976; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Héctor Rodríguez P. Acción de nulidad contra el artículo 14 del Decreto N° 432 de 1969). . . . .

171

## M

## 48. MARCAS.

*Estudio sobre las normas del Código de Comercio vigente relativas al aspecto procesal en esta materia.*— El Código de Comercio en vigor contiene dos series de normas en materia de marcas, relativas tanto al aspecto procesal como al sustantivo. *I Normas procesales.* Se subdividen en dos clases: a) Las atinentes a la forma y trámite de la solicitud (Arts. 587, 589 y 590 del C. de Co.); y b) Las relativas a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro (Art. 591 *ibidem*). a) Las normas de la primera clase a su vez se distinguen en: 1° Normas referentes a la solicitud. 2° Normas sobre oposición oficiosa de la administración. 3° Normas de publicidad de la solicitud; y 4° Normas sobre oposición de los particulares. 1° La solicitud deberá ajustarse a lo preceptuado por el artículo 587 del Código de Comercio. El artículo 3° del Decreto 753 de 1972 reglamentó el numeral 3° del transcrito precepto del Código de Comercio y el artículo 8° del Decreto 755 de 1972 complementó lo anterior. A la solicitud deberá acompañarse, además, los recibos que acrediten el pago de los derechos fiscales y de publicación del extracto de la solicitud en la Gaceta de la Propiedad Industrial. Esta etapa constituye el examen de forma de la solicitud. 2° Si ésta reúne los antedichos requisitos, debe la administración examinar si la marca cuyo registro se pretende puede registrarse, al tenor de lo preceptuado por los artículos 585 y 586 del citado Código de Comercio (Art. 589 C. de Co.). Es la etapa de la oposición oficiosa de la administración. 3° Si la oficina de Propiedad Industrial considera la solicitud aceptable, se ordenará la publicación de su extracto en la Gaceta de la Propiedad Industrial. (Art. 590, inciso 1°) 4° Dentro de los treinta días siguientes a la publicación del referido extracto, cualquiera persona podrá oponerse al registro de la marca (Art. 590 inciso 1°, *fine*). Presentada la oposición, la Oficina de Propiedad Industrial señalará un término de prueba de treinta días, así: diez para pedir las y veinte para practicarlas (Art. 590, inciso 2°). Las pruebas se practicarán, obviamente, en la mencionada Oficina. Es la etapa de la oposición de los particulares; b) Las normas procesales de la segunda clase o relativas a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro son: 1° Las relativas a la de-

cisión de la oposición: corresponde a la Oficina de Propiedad Industrial resolver sobre la oposición. Ya lo ha dicho esta Corporación y se reitera en este fallo, que los artículos 587, 589, 590 y 591 forman un todo que rige la tramitación administrativa de la solicitud de registro de una marca. (Fallo Sala Plena, noviembre 26 de 1975, expediente N° 10017). Antes de la vigencia del Código de Comercio de 1971, corresponde a la justicia ordenarla el trámite de las oposiciones de los particulares al registro de marcas, oposiciones que suspendían el procedimiento administrativo para dar lugar a la contención civil, resuelta la cual volvía el expediente a la Oficina de Propiedad Industrial para continuar la tramitación, si la oposición fracasaba, o para archivar la solicitud, si prosperaba. El Código de Comercio en vigor atribuyó a la administración el trámite y decisión de estas oposiciones (Art. 591). 2° Lo pertinente a la concesión de la marca y a la expedición del certificado de registro está contemplado por el artículo 591. Sino hubiere oposición o ésta fuere negada, se ordenará por medio de resolución el registro de la marca. En firme la respectiva providencia, se expedirá por la Oficina de Propiedad Industrial un certificado en *forma de diploma*, para acreditar el derecho. Este certificado (todo, no sólo un extracto del mismo), se publicará por una sola vez en la Gaceta de la Propiedad Industrial (Art. 591). Tanto en la resolución como en el certificado se determinará la clase para la cual se concede la marca, conforme a la solicitud. Todo certificado deberá referirse a una sola clase de las establecidas por el Decreto 755 de 1972 (Art. 9° ibidem). En esta etapa pueden distinguirse nítidamente dos procesos: el gubernativo de concesión, que culmina con la resolución que ordena el registro de la marca y la expedición del certificado, y el proceso gubernativo de expedición y registro del título. No sólo por lo anteriormente dicho, sino también porque el artículo 616 del Código de Comercio habla de la "concesión de la marca" y de su inscripción en la Oficina de Propiedad Industrial, debe la Sala subrayar que el *proceso gubernativo de concesión* culmina con la expedición de un acto administrativo, la resolución que concede u ordena el registro de la marca pedida para la clase o clases solicitadas: en tanto que el *proceso gubernativo de "inscripción" o "registro"* consiste en la expedición del certificado o certificados de registro para cada clase y en la inscripción del mismo o de los mismos en la Oficina de Propiedad Industrial. Son, pues, dos actos administrativos diferentes pero necesarios en su conjunto para que el solicitante adquiera el derecho al uso de la marca registrada y al privilegio que del registro surge, no sólo frente a la administración sino frente a terceros, éstos, de la resolución que concede el registro y del certificado en que consta el derecho, debidamente inscrito como lo previene el artículo 616, certificado que es un acto de ejecución del que ordena el registro. En caso de acción contencioso administrativa, es preciso acusar ambos actos y no sólo uno de ellos, porque la acción que concede el artículo 596 es contra el certificado; mas sino se demandare la nulidad de la resolución al mismo tiempo, ésta continuaría en vigor y produciría efectos como acto administrativo firme. Y si la demanda se enderezare sólo contra la resolución, el certificado continuaría en pleno vigor, ya que según la citada norma es preciso pedir su nulidad. Sobre este particular reitera la Sala la doctrina contenida en



el fallo de fecha marzo 22 de 1976. (Sentencia de 3 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Compañía Elaboradora Colombiana de Muebles Ltda. "CEC". Acción de plena jurisdicción contra la Resolución N° 127 de febrero 15 de 1974 de la Superintendencia de Industria y Comercio). . . . .

328

## 49. MARCAS.

*Estudio sobre las normas del Código de Comercio vigente relativas al aspecto sustantivo en esta materia.*—II. Normas sustanciales. Son las relativas al examen de fondo de la pretensión contenida en la solicitud. Mediante el proceso gubernativo que se surte ante la Oficina de Propiedad Industrial, al tenor de las normas precedentemente analizadas, la administración efectúa ese examen en dos oportunidades: a) Al formular "oposición oficiosa"; y b) Al decidir de la "oposición de cualquiera persona". a) Las "oposiciones de derecho público", es decir, las que formula la propia administración, se califican también de "oposiciones de policía oficiosa" u "oposiciones policivas", nombres éstos que no dan una idea clara de la naturaleza de tales oposiciones. Admitida desde el punto de vista formal la solicitud, debe la administración examinar de oficio si la marca cuyo registro se solicita puede registrarse, por no hallarse comprendida en ninguna de las causales que, al tenor de los artículos 585 y 586 del Código de Comercio, impiden el registro de un signo distintivo como marca (Art. 589 *ibidem*). Es característica de estas "oposiciones oficiosas" de la administración, el que la Oficina de Propiedad Industrial actúa en interés de la ley. Su decisión en el sentido de que la marca solicitada no puede registrarse se pondrá en conocimiento del solicitante quien, en el término de treinta días, deberá exponer las razones que sustentan su solicitud (Art. 589, inciso 1° C. de Co.). Vencido dicho término, la Oficina decidirá de conformidad con los hechos que aparezcan en el expediente, al cual obviamente podrá agregar la propia administración, por conducto del funcionario que tramite la solicitud, toda clase de información (Art. 589, incisos 2° y 3°). Contra la decisión negativa de la Oficina de Propiedad Industrial cabe el recurso de apelación ante la Superintendencia y contra ambos actos, el recurso contencioso administrativo en acción de plena jurisdicción. Sin perjuicio de intentar el recurso de apelación en subsidio del de reposición contra la resolución de la Oficina de Propiedad Industrial, al tenor de lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959. En todo caso es preciso agotar la vía gubernativa; b) Las "oposiciones de derecho privado", son las que formulan los particulares durante el término de que trata el artículo 590 del Código de Comercio. Ya ha dicho el Consejo y lo reitera la Sala en esta oportunidad, que la competencia tanto para tramitar como para decidir esta clase de oposiciones corresponde a la Oficina de Propiedad Industrial y no a la justicia ordinaria (sentencias de 24 de septiembre de 1975 y del 22 de marzo de 1976, expedientes Nos. 1930 y 2095). Los artículos 589 a 591 del Código de Comercio forman parte de un procedimiento administrativo, el que culmina con la aceptación o rechazo de la oposición, lo que, según el artículo 591 corresponde a la propia ad-

ministración. De allí que sea mejor calificar las oposiciones en examen de "oposiciones oficiosas de la administración" y "oposiciones a instancia de parte", nombre éste preferible al de "oposiciones de los particulares", porque también una entidad de derecho público, vr. gr., un departamento o un municipio, puede presentarlas. La "oposición a instancia de parte" debe basarse, bien en que el signo distintivo cuyo registro como marca se pide contraría las normas de "derecho público" contenidas en el artículo 585, Código de Comercio bien porque esté comprendido dentro de lo dispuesto por el artículo 586, cuyos seis. numerales se encaminan principalmente a tutelar intereses; los cuales pueden ser de particulares o de entidades de derecho público, como arriba se dijo, pero a los que no pueden calificarse propiamente de "intereses públicos" protegidos por "normas de derecho público". La distinción en estudio se hace patente frente a lo dispuesto por el artículo 596 del Código de Comercio. Esto es, que si la demanda se fundamenta en normas "de derecho público", en interés general, esto es en el artículo 585 Código de Comercio, no habrá término de caducidad o prescripción de la acción: en tanto que cuando se base en el quebranto del artículo 586, ibidem, la acción caducará a los cinco años contados a partir de la fecha del registro de la marca. Esta caducidad opera aunque el demandante sea una entidad de derecho público, tal como un departamento o un municipio. (Sentencia de 3 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Compañía Elaboradora Colombiana de Muebles Ltda. "CEC". Acción de plena jurisdicción contra la Resolución N° 127 de febrero 15 de 1974 de la Superintendencia de Industria y Comercio). . . . .

## 50. MARCAS.

*Registro como marca de los signos distintivos y de los lemas o frases de propaganda. La novedad, la especialidad y la licitud como características esenciales y condiciones de fondo de una marca.*— La regla general es la de que "todo signo que sirva o se halle destinado a distinguir los productos o servicios" de una empresa, es susceptible de registrarse como marca (Arts. 583 y 584 C. de Co.). Para que esto no sea posible, tal signo debe hallarse comprendido en las prohibiciones de que tratan los artículos 585 y 586 del Código de Comercio. Lo dicho es aplicable a los *lemas o frases de propaganda*, ya que se les considera también como *signos distintivos*. El signo distintivo, resumiendo lo que expresan autores como Ramella ("Tratado de propiedad industrial", tomo 2º, N° 435), Aracama-Zorraquín revista del BIRPI, "La propiedad intelectual", N° 3 de 1969, Pág. 129), Breuer Moreno ("Tratado de marcas", 1946, Editorial Robis, Pág. 69, numeral 58), Gabino Pinzón ("Introducción al derecho comercial", Temis, 1966, Pág. 326), A. Rangel Medina ("Derecho marcario", Pág. 171) y Carrillo Ballesteros y Morales Casas ("La propiedad industrial", Temis, 1973 Págs. 203 y 22), son características esenciales y al mismo tiempo condiciones de fondo de una marca: la *novedad*, la *especialidad* y la *licitud*. La *novedad* debe entenderse en sentido relativo, no absoluto, como es el caso de las nuevas creaciones, vr. gr. de las invenciones. Tampoco se exige, como en éstas, que la marca sea

creación de quien solicita registro. El signo puede ser el más banal, si con anterioridad a su registro no se ha identificado con el producto, sino ha llegado a ser su nombre corriente o una de sus nombres usuales, sino ha pasado a ser la designación precisa del producto que pretende proteger, o de su naturaleza o de su función industrial. El artículo 585 del Código de Comercio nos dice cuándo debe considerarse un signo como carente de esta novedad, relativa, a saber: 1º Cuando consista en una forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial. vr. gr.: las expresiones "aceite" o "lubricante" para distinguir productos de la clase 4ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972. Igualmente no es registrable la palabra "cacao", para distinguir una especie de chocolate, comprendida en la clase 30 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972: pero en cambio puede registrarse la palabra "tigre" para designar ese producto. 2º Tampoco pueden registrarse como marcas los signos que sirvan exclusivamente en la industria y el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios (numeral 2º del Art. 585). Para que un signo carezca de novedad ha de ser exclusivamente "descriptivo" o exclusivamente "evocativo". Se requiere que no exista novedad ni gráfica, ni fonética, ni ideológica. Porque si en el signo se encuentra un elemento siquiera novedoso, no habrá evocatividad o descriptividad. Los signos *absolutamente genéricos*, tales como aquellos que *indiquen de modo exclusivo* el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, etc., o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios no son registrables. Tales signos son "exclusivamente descriptivos". Así la expresión "sentadero", o la locución "mueble para sentarse", son absolutamente descriptivas y caen dentro de la prohibición del numeral 1º del artículo 585 del Código de Comercio. No ocurre otro tanto con la palabra "rikas" para distinguir galletas (signo registrado en Colombia según el certificado vigente NI 24258). No debe confundirse la "evocatividad" o la "descriptividad" de un signo con su identificación con el producto o servicio, o con la forma impuesta por su naturaleza misma o por su función industrial. 3º No pueden registrarse como marcas los signos que consistan exclusivamente en expresiones que hayan pasado al uso común o general, como sería el caso de la palabra "baquelita", para designar una pasta usada en la fabricación de artículos eléctricos, o de palabras que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se hayan convertido en una designación usual de los productos o servicios de que se trata, vr. gr., la locución "envelope", para designar un sobre de carta (Art. 585, numeral 3º). En síntesis, hay tres clases de irregularidades que afectan la novedad, las cuales están contenidas en los artículos 585 y 586 del Código de Comercio y constituyen excepciones al principio contenido en el artículo 584 del mismo Código, principio según el cual todo signo distintivo es registrable como marca, salvo que su registro esté prohibido por esos dos textos legales. Las irregularidades en referencia son: la genericidad, la vulgarización y la descriptividad. Se da lo primero, cuando el signo que se pretende registrar como marca es exclusivamente el natural y corriente para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lu-

gar, el origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios (Art. 585, numeral 2º). Existe vulgarización, cuando el signo, en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país, se ha convertido exclusivamente en una designación usual de los productos o servicios de que se trate, o cuando, no obstante haber sido usado o registrado como marca, degeneró en signo usual y común (Art. 585, numeral 3º y 586 numerales 2º y 3º). Es exclusivamente descriptivo el signo cuando, sin ser propiamente genérico o vulgarizado, describe la naturaleza misma del producto o del servicio, o su función industrial (Art. 585 numeral 1º). *La especialidad* consiste en que el signo cuyo registro se solicita, individualice o identifique los productos de la empresa respecto de los cuales se registre, y sólo éstos, en relación con cada clase de la nomenclatura internacional, de modo que los distinga de los de las demás y evite su confusión con éstos. Por tanto, la marca ha de ser identificable en sí misma para ser utilizada como distintivo de los productos. Peca contra este requisito esencial de toda marca, aquella que distinga los productos de varios empresarios (excepto las colectivas: numeral 3º, artículo 583), o la que sea inidentificable, por ejemplo, un punto o una línea. Por carecer de especialidad no son registrables como marcas los signos de que trata el numeral 3º del artículo 585 del Código de Comercio y los enumerados en el artículo 586, 2º a 4º *ibidem*. La licitud de la marca. Además de lo dicho, no debe hallarse prohibido por la ley el registro del signo que se pretende utilizar como marca, por razones de orden público o de interés particular. a) Por razones de orden público, no son registrables las marcas que sean contrarias a éste o a las buenas costumbres, las que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate: las que reproduzcan o imiten los escudos de armas y otros emblemas, siglas o denominaciones de cualquier Estado o de cualquier organización internacional, sin permiso de la autoridad competente y las que reproduzcan o imiten signos o punzones de control o de garantía adoptados por un Estado, sin permiso de la autoridad competente (numerales 5º, 6º, y 7º, Art. 585); b) Por razones atinentes a la defensa de los derechos de los particulares, no son registrables los signos distintivos que se asemejen, en forma que puedan inducir al público en error, a una marca registrada por otro en Colombia para productos idénticos o similares, o a un nombre comercial o a una enseña utilizados anteriormente en Colombia por un tercero, para la misma actividad. (Art. 586, numeral 3º). Por las mismas razones, no pueden registrarse los signos que induzcan al público a error, por constituir la reproducción total o parcial, la limitación, la traducción o transliteración de una marca, nombre comercial o enseña pertenecientes a terceros, sea que estén registrados en Colombia, sea que los hechos en referencia sean notoriamente conocidos en el país (Arts. 586, numeral 4º y 593 del C. de Co.). Finalmente, tampoco pueden registrarse las marcas cuyo registro viole otros derechos de terceros o las reglas relativas a la competencia desleal o implique infidelidad del mandatario (Art. 585, numerales, 5º y 6º). (Sentencia de 3 de junio de 1976; Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Compañía Elaboradora

Colombiana de Muebles Ltda. "CEC". Acción de plena jurisdicción contra la Resolución N° 127 de febrero 15 de 1974). . . . . 328

## 51. MINISTROS.

*Como representantes administrativos y judiciales de la Nación.*— Los ministros representan administrativamente a la Nación, por delegación de funciones del Presidente, pero no tienen su representación judicial. Claro que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos admiten en los juicios que adelantan, a los representantes de los ministerios, pero esto en aras de una gran amplitud, para dar la posibilidad de ejercer mejor el derecho de defensa, sin perjuicio del carácter indicado del Agente del Ministerio Público, o en casos especiales, como sucede con el Ministerio de Defensa, (esto con base en los artículos 120, ordinal 13; 135 y 143 de la Constitución Nacional, 21 del Código Contencioso Administrativo, 19 de la Ley 83 de 1936). (Sentencia de marzo 31 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Nemesio Camacho Rodríguez. Acción de Revisión de Reconocimiento. Actor: Federación Nacional de Cafeteros) . . . . .

461

## N

## 52. NOTARIAS.

*Carácter o naturaleza jurídica de los empleados subalternos de las notarias.*— En favor de la tesis de que se trata de empleados públicos: 1. La naturaleza pública del organismo y el carácter, también público, del servicio o función que desempeñan, aunque hay, por excepción, funciones públicas ejercidas por trabajadores oficiales y aun por particulares. 2. El origen de sus asignaciones, pues siendo pagadas con el producto de derechos notariales fijados en la ley, se trata de recursos propios del Erario Público. 3. La forma de su designación que es el nombramiento, es decir, la vinculación legal y reglamentaria típica de los empleados públicos, así los cargos no sean de creación legal, pero sí reconocidos por ella. 4. La presunción de que, en principio, los servidores de la administración nacional son empleados públicos, y de que sólo hay trabajadores oficiales en los entes vinculados a aquélla, o sea, en los organismos descentralizados que se rigen por derecho privado y que son las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. 5. El antecedente legal de los Decretos 960 y 2163 de 1970 que calificaron a este personal como cuerpo de empleados públicos. 6. La afiliación forzosa a la Caja Nacional de Previsión, encargada de los servicios y prestaciones sociales de la generalidad de los empleados públicos de la administración en su nivel nacional, prevista en el artículo 10, de la Ley 1ª de 1962. 7. La posibilidad admitida por el artículo 16 del Decreto 2163 de 1970 de que este personal pertenezca a la Carrera Administrativa, que está precisamente enderezada a la estabilidad y promoción de los empleados públicos. 8. La calificación legal de los notarios como empleados públicos, hecha en el artículo 2º del Decreto

2163 de 1970, de la que se deduce igual carácter para sus subalternos.

9. El haber aceptado la jurisprudencia de este Consejo la acumulación del tiempo servido en notarias para efecto del reconocimiento de pensión nacional de jubilación. A título de ejemplo, pueden verse los fallos de la Sección Segunda del Consejo, entre los cuales el fechado el 31 de agosto de 1973, en el cual se hace este reconocimiento a un subalterno de notaría, con base en lo dispuesto por el Decreto 1778 de 1954 que nacionalizó el servicio de notariado, modificando el carácter particular que tenían los empleados del mismo de acuerdo con las Leyes 6ª de 1945 y 156 de 1959, y en el artículo 6º del Decreto 059 de 1957 que concedió el derecho a esa pensión a dicho personal. Igual tesis se sostuvo en el fallo de 19 de septiembre de 1973. La sentencia de marzo 16 de 1970 en que la misma Sección considera aplicables a los notarios las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, es decir, el régimen prestacional común a los notarios, como empleados públicos que son; y 10. La regla del artículo 5º de la Ley 4ª de 1913 Código de Régimen Político y Municipal, de acuerdo con la cual "son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes", o que "tienen funciones que no pueden ejecutar sino en calidad de empleados". En contra de esta aseveración podría observarse: Que la creación de estos cargos la ha confiado la ley a los notarios, lo que ha de entenderse como una delegación y con el sentido de que tal creación implica una autorización legal, y no un poder personal de aquéllos. Igual observación ha de hacerse para la facultad de libre nombramiento y remoción de dichos empleados y la de señalar los salarios. Al emplear la ley los términos "bajo su responsabilidad", referidos a la creación de cargos hecha por los notarios, simplemente se alude a que el buen funcionamiento de la notaría respectiva y el pago de los salarios correspondientes, son cuestiones que atañen directamente a aquel funcionario, y no a que se establezca una relación laboral de carácter privado entre el notario y sus empleados. El indicar la ley que el pago de estos salarios lo hará el notario y que se financiará con el producto de la notaría, tampoco privatiza esta relación, pues se trata de fondos públicos administrados por aquéllos y de retribución de servicios hechos al Estado, y no a los notarios. El que en el artículo 19 del Decreto 027 de 1974 se exprese que el pago de estos salarios se hará "con sujeción a las leyes laborales y consultando los principios de justicia y equidad", nada arguye contra la tesis de la Sala, puesto que esas leyes laborales no pueden ser sino las aplicables al sector público, y la segunda parte de esa norma se refiere directamente a la autorización del notario para señalar el monto de los salarios. En el mismo sentido hay que pensar la parte final de tal artículo, pues para el caso de estos empleados la ley ha fijado como entidad de previsión de que son afiliados forzosos la Caja Nacional, que es de carácter público. En cambio, no es claro por qué el artículo 11 de la Ley 1ª de 1962 habló de reconocimiento de subsidios similares a los de los empleados particulares, de lo cual puede resultar que su régimen prestacional sea especial y distinto en este aspecto al de los demás empleados públicos, sin que esa circunstancia les cambie este carácter. De otro lado, no es válido pensar que se trata de trabajadores oficiales, porque ya se vio que su vinculación es hecha por nombramiento, no por contrato, y

porque, además, es prohibido el contrato laboral cuando su objeto es el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, como lo establece el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973. Basta agregar, que tampoco debe plantearse si estos servidores son trabajadores particulares, ya que dada su función pública, el carácter del servicio de notariado, y su nacionalización, tales hechos excluyen esa hipótesis. (Concepto marzo 9 de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Luis Carlos Sáchica. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Y autorizada su publicación mediante oficio 2152 de marzo 16 de 1976).

37

53. NOTARIOS.

*Nombramiento en propiedad. Se declara nulo el aparte b) del artículo 1º del Decreto reglamentario número 2431 de noviembre 15 de 1974, en la parte que dice: "...de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro".—La norma acusada es del siguiente tenor: "Decreto número 2431 de 1974 (Nov. 15), por el cual se reglamenta el nombramiento en propiedad de los notarios. "El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y en desarrollo de lo previsto en el Decreto-ley 360 de 1970, y considerando: ...Decreta: Artículo 1º Los nombramientos en propiedad de los notarios, cuando no se realice concurso de selección, se efectuará así: a)... b) Los demás, por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos, de candidatos que pasará la Superintendencia de Notariado y Registro". Como puede verse, el acto acusado invoca el Decreto-ley 360 de 1970 y pretende reglamentarlo en cuanto al nombramiento de los notarios. Pero ocurre que en la fecha de su expedición, el artículo 161 del citado decreto, que regula esta materia, había sido derogado por el artículo 46 del Decreto-ley 2163 de 1970 y sustituido por el artículo 5º del mismo decreto, norma ésta según la cual "los notarios serán nombrados para períodos de cinco años, así: Los de primera categoría por el Gobierno Nacional; los demás, por los gobernadores, intendentes y comisarios respectivos. La comprobación de que se reúnen los requisitos exigidos para el cargo se surtirá ante la autoridad que hizo el respectivo nombramiento, la cual lo confirmará una vez acreditados". En este precepto no está prevista la intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro en el nombramiento de los notarios. Tiene por tanto, razón el actor, cuando afirma el quebranto de la norma superior que dice reglamentar el acto acusado, por éste. (Sentencia de febrero 4 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Pedro M. Charria. Nulidad del aparte b) artículo 1º del Decreto reglamentario Nº 2431 de 1974).* . . . . .

229

54. NOTARIOS Y REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS.

*Es nulo el artículo 5º del Decreto reglamentario número 2817 de diciembre 20 de 1974.— Es incuestionable que el acto acusado forma parte de un decreto reglamentario de los Decretos-leyes 960, 1250 y 2163 de 1970, en ninguno de los cuales se otorgó al Presidente de*

la República la facultad de delegar el poder de conceder licencias y vacaciones a los notarios de primera categoría y a los registradores de instrumentos públicos, y designar a quienes deban reemplazarlos durante su ausencia. Según el artículo 6º del Decreto 2163 de 1970, en armonía con el artículo 135 de la Carta, corresponde exclusivamente a la autoridad que hizo el nombramiento de los notarios conceder las licencias a los mismos. Dicha autoridad debe hacer el nombramiento del sustituto que le indique el propio notario, bajo la responsabilidad de éste. El artículo 61 del Decreto-ley 1250 de 1970, hizo extensivo a los registradores de instrumentos públicos el régimen legal de los notarios. Por tanto, el acto acusado viola estas normas superiores y quebranta de contera los artículos 120, numeral 3º, y 57 de la Constitución al haberse excedido el Presidente en la facultad reglamentaria que le otorga el primero de tales preceptos y usurpa funciones propias del legislador. (Sentencia de enero 15 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Pedro M. Charría A. Acción de nulidad del artículo 5º del Decreto reglamentario Nº 2817 de diciembre 20 de 1974). . . . .

217

## P

## 55. PATENTES.

*La persona que solicite una patente en determinado país, puede pedirla en otro para la misma invención, haciendo uso de cuatro formas diferentes (patente original, patente de introducción, patente de confirmación y reivindicando una prioridad).*— La persona que solicita una patente en determinado país, puede pedirla en otro para la misma invención, haciendo uso de cuatro formas diferentes: a) Como patente original, antes de que la invención haya pasado al estado de la técnica, esto es, antes de “que haya sido publicada o conocida suficientemente para poder ser ejecutada”; b) Como patente de introducción, esto es, solicitando que se admita en un país la patente concedida en otro, aunque el descubrimiento haya pasado al estado de la técnica; c) Como patente de confirmación, esto es, solicitando que se admita en un país patente otorgada en otro, antes de que el descubrimiento haya pasado al estado de la técnica; y d) Reivindicando una prioridad, esto es, solicitando en un país la expedición de una patente para una invención respecto de la cual se ha depositado igual petición en otro, de modo que se reputa que la segunda solicitud tiene, para apreciar su validez, la misma fecha y condiciones que la primera. Antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, nuestra legislación reconocía la patente original (Art. 23 Ley 31 de 1925) y la patente de confirmación (Art. 6º ibídem). No reconocía nuestro derecho ni la patente de introducción ni la reivindicación de prioridad, pues aunque en relación con ésta el país aprobó la Convención de París de 1883, en su revisión de Lisboa (1958), por medio de la Ley 35 de 1969 (diciembre 29), publicada en el Diario Oficial número 32974 de enero 22 de 1970, no se efectuó el canje de ratificaciones en la oportunidad señalada por el propio convenio, por lo cual éste nunca entró a regir en Colom-



bia. Hoy reconoce el Código de Comercio la patente original y la reivindicación de prioridad (Art. 534 y ss. y parágrafo del Art. 544, del C. de Co). (Sentencia de enero 16 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 962 de octubre 21 de 1971 y 252 de junio 6 de 1972 proferidas por el Superintendente de Industria y Comercio, y la N° 480 de septiembre 5 de 1973 proferida por el Ministerio de Desarrollo Económico, Actor: Rohm and Hass Company). . . . . 273

56. PENSION DE INVALIDEZ.

*A ex-soldados que se incapaciten para la vida militar. Interpretación del artículo 4º del Decreto 2728 de 1968.*— El fallo suplicado varía la doctrina anterior según la cual podía concederse la pensión de invalidez a ex-soldados con incapacidad exclusivamente militar, mas “no así el desempeño de oficios u ocupaciones de la vida civil”. Conviene decir que esta es la doctrina que acoge la Sala por cuanto no sólo es más favorable sino que interpreta con justicia el artículo 4º del Decreto-ley 2728 de 1968 que es del texto siguiente: “A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado o grumete de las Fuerzas Militares que sea desacuartelado por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual equivalente al sueldo básico que corresponda en todo el tiempo a un cabo 2º o marinero, y las prestaciones unitarias a que se refiere el artículo anterior”. Pues bien, el criterio que inclina a la Sala a adoptar esta tesis más favorable según la cual a los soldados que se incapaciten para la vida militar también debe reconocérseles la pensión de invalidez, puede resumirse así: la persona que, voluntariamente, ingrese a la carrera militar para seguir esta profesión, conoce los riesgos que implica esta carrera y los asume sin estar obligado a ello. Si por un desafortunado accidente, o por ser víctima de una enfermedad grave, le resulta una invalidez que lo incapacita en forma total para continuar la carrera militar, se le concede la respectiva pensión, y ello es justo. Pero no hay razón para considerar en un plano de inferioridad, respecto de esta prestación social al joven que, no voluntariamente, sino como conscripto es llevado a los cuarteles a prestar el servicio militar obligatorio, pues está expuesto a los mismos riesgos para su salud que los profesionales. Así lo entendió el legislador de 1948, al expedir la Ley 100, cuyo artículo 7º dice: “El personal de soldados que cumple su servicio no podrá ser dado de baja sino después de haber sido rigurosamente sometido a exámenes y tratamientos médicos que garanticen que el reservista vuelve sano a su hogar y libre de cualquier enfermedad tropical o específica”. Por otra parte, al interpretar con criterio de amplitud el artículo 4º del Decreto-ley 2728 de 1968 que señala incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades”, no sería equivocado pensar que tal incapacidad se refiere a toda clase de actividades dentro de las Fuerzas Militares, Ejército, Marina, Aviación y la Policía, porque es cierto que el soldado una vez cumplido su servicio militar puede seguir en las Fuerzas Militares en cualesquiera de sus armas como muchos de ellos lo han hecho llegando inclusive hasta la

carrera de oficiales, y entonces, si se ven privados de este aliciente quiere decir que su incapacidad es para toda clase de actividades dentro de las Fuerzas Militares. Desde luego, este criterio no puede ser absoluto por la diversidad de actividades a que puede dedicarse un soldado al término de su desacuartelamiento y el enorme número de lesiones o enfermedades del más diverso origen que pueden dar lugar a muy diversas incapacidades. Por eso cada caso deberá ser estudiado muy cuidadosamente para no incurrir en excesos. Ahora bien, como lo dice acertadamente el fallo que se revisa, con la resolución que expida el Ministerio de Defensa Nacional concediendo las prestaciones que considere pertinentes y que debe decretar aun de oficio, se agota la vía gubernativa por cuanto al concederse una prestación cualquiera se excluyen las demás, según el conocido aforismo "Inclusio unius est exclusio alterius". Entonces, al reconocérsele al ex-soldado la indemnización y no la pensión ésta hay que entenderla negada. (Sentencia de abril 19 de 1976; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Alfonso Castilla Sáiz. Aclaración de voto de los Consejeros doctores Nemesio Camacho Rodríguez y Rafael Tafur Herrán. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución N° 6937 de 1970 del Ministerio de Defensa Nacional. Actor: Jorge Eliécer Vargas Ortiz). . . . .

245

## 57. PERSONAS JURIDICAS, JUNTAS Y FONDOS.

*El artículo 120-14 y la competencia para crear personas jurídicas, juntas y fondos.*— Es verdad inconcusa, como sostuvo la Sala en la sentencia del 14 de junio de 1974, que le corresponde al legislador determinar el régimen de las personas jurídicas (Arts. 12 y 44 de la C. N.); crear departamentos, intendencias y comisarías y "fijar las bases y las condiciones para la creación de municipios" (Arts. 59, 69 y 76, Ord. 59 de la C. N.); crear establecimientos públicos nacionales, empresas industriales y comerciales del Estado, autorizar la participación de éste en sociedades de economía mixta y expedir los estatutos básicos de las mencionadas entidades (Art. 76, Ords. 99 y 10, de la C. N.); reglamentar las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios, determinar las categorías de municipios y los requisitos para la organización del distrito especial de Bogotá; estatuir 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 crear establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales y sociedades de economía mixta de los departamentos y municipios (Arts. 187, Ords. 29 y 69, 189, 197, Ord. 49, 198 y 199 de la C. N.). Del mismo modo, es competencia privativa del Congreso, por medio de leyes, crear juntas y fondos sin personería jurídica: si la Constitución atribuye al Congreso determinar la estructura de la administración nacional y al Gobierno crear, fusionar y suprimir empleos "con sujeción a las leyes a que se refiere el Ordinal 99 del artículo 76" (Arts. 76, Ord. 99 y 120 Ord. 21 de la C. N.), es evidente que el Gobierno no tiene ni puede tener tal atribución sino el Congreso, tanto porque existe en su favor una cláusula general de competencia (Art. 76 Ord. 29 de la C. N.), como porque se trata de juntas y fondos que necesariamente hacen parte de la estructura de la administración nacional, con base en la cual el Go-

bierno puede ejercer la mencionada facultad de crear, fusionar o suprimir empleos. Pero la sentencia proferida por la mayoría afirma que el Gobierno podía, con base en el artículo 120-14 de la Constitución Nacional, crear el fondo denominado Fondo de Ahorro y Vivienda ante "la necesidad de instituirlos como instrumentos indispensables de la intervención prevista en los decretos acusados". Esta aserción de la sentencia no me parece fundada: porque del propio tenor del artículo 120-14 de la Constitución Nacional no se deduce que exista esa competencia; porque la Constitución regula lo referente a la estructura de la administración nacional en norma diferente (Art. 76, Ord. 99) porque, si se admite que el Gobierno tiene esa competencia, se desquiciaría el orden constitucional, en cuanto habría dos órganos igualmente idóneos, para regular la misma materia, con la posibilidad jurídica de que sus prescripciones sean contradictorias, *a pesar del principio constitucional que proscribiera el paralelismo de competencias entre los órganos del Estado y que postula, en cambio su colaboración armónica* (Art. 55 de la C. N.) *y porque la mayoría interpretó extensivamente el artículo 120-14 de la Constitución, para hacerle decir lo que no dice, a pesar de que otorga al Presidente una competencia excepcional que es, por lo mismo de restrictiva interpretación.* (Salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, a la sentencia de 4 de febrero de 1976).

57

#### 58. PLAN DE DESARROLLO.

*Los decretos cuestionados y el plan de desarrollo.*— La sentencia afirma paladinamente que "la descripción del sistema de ahorro de valor constante, instituido en los decretos acusados, le permite a la Sala concluir que lo establecido en ellos es un estímulo para fomentar el ahorro y para producir unos efectos tangibles y determinados sobre la economía nacional, *en orden a promover el desarrollo y a solucionar por la vía que se consideró menos gravosa y más expedita un grave problema de un desempleo creciente*" (subrayo). De manera que, según los propios términos de la sentencia de que disiento, el Gobierno, mediante los decretos cuestionados, instituyó un *plan de desarrollo económico*, usurpando la competencia que el artículo 32 de la Constitución otorga al legislador con la misma finalidad, utilización y consumo de los bienes y en los servicios *públicos, 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, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo original la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular" (subrayo). El Gobierno también afirmó, en reiterados términos de la más absoluta claridad que se proponía, mediante los decretos cuestionados, expedir y realizar un plan de desarrollo económico, a saber: a) El Gobierno expidió el Decreto número 677 de 1972 "considerando que en el plan de desarrollo, documento que sintetiza la política del Gobierno Nacional y constituye la norma orientadora de su actividad administrativa, se consagra la necesidad de canalizar recursos hacia el sector de la construcción *beneficiándose con ello la producción de*

bienes esenciales y la generación de más y mejores empleos, con el objeto de contribuir a la progresiva realización del bienestar de los diferentes sectores de la comunidad colombiana (subrayo); Que los actuales ahorros privados son insuficientes para el logro de un desarrollo y crecimiento económico adecuados (subrayo); Que una política de desarrollo urbano (subrayo) para la eficaz y oportuna realización de sus proyectos necesita disponer de fondos suficientes; que el mercado de capitales requiere incrementar la casa de ahorro para inversiones mediante títulos a largo plazo, destinados a financiar la actividad de la construcción urbana (subrayo); Que por tanto se hace necesario estimular el ahorro privado y canalizar parte para darle a la actividad de la construcción una financiación adecuada, a fin de que pueda desarrollar el papel que le corresponde tanto en el suministro de vivienda como en la generación de nuevo empleo (subrayo). De manera que, según la exposición de motivos del mencionado decreto, es claro, evidente, inequívoco que el Gobierno se propuso realizar un plan de desarrollo mediante el estímulo del ahorro privado, sin que en la parte expositiva, ni en las medidas adoptadas para ponerlo en efectividad, se hubiera hecho alusión a la facultad que le otorga el artículo 120-14 de la Constitución para proteger el ahorro particular de los intermediarios financieros. Es cierto que en el Decreto número 678 de 1972 se adoptaron algunas medidas tendientes a garantizar los ahorros particulares depositados en las corporaciones privadas de ahorro y vivienda, pero ello a causa, no de la finalidad del artículo 120-14 de la Constitución sino del incremento del ahorro logrado mediante el dicho plan, instrumentado por aquélla; b) El Decreto número 1757 de 1972 fue expedido por el Gobierno, entre otras mediante las siguientes consideraciones: Que por medio del Decreto número 1269 de julio 19 de 1972 se tomaron algunas medidas en relación con el ahorro privado y el funcionamiento de las corporaciones privadas de ahorro y vivienda de que tratan los Decretos números 677 y 678 de mayo de 1972 (subrayo); Que las corporaciones privadas de ahorro y vivienda están autorizadas para efectuar préstamos de valor constante para construcciones urbanas y para la compra de edificaciones nuevas o ya existentes de conformidad con el Decreto número 677 de 1972 (subrayo); Que de conformidad con el literal c) del artículo 11 del Decreto 677 de 1972 la Junta de Ahorro y Vivienda estudiará y propondrá para su adopción por el Presidente de la República normas para la concesión de préstamos que otorguen las corporaciones de ahorro y vivienda, a fin que aquéllos se otorguen preferentemente para proyectos de construcción que estén acordes con las políticas de desarrollo urbano adoptadas por los organismos competentes... (subrayo); c) El Decreto 937 de 1972 fue expedido por el Gobierno considerando: "1º Que es indispensable canalizar el ahorro privado y orientarlo hacia la financiación de inversiones privadas y públicas que aceleren el desarrollo económico social (subrayo) 2º Que entre los principales recursos para el desarrollo del país figuren los que reciben entidades como las compañías de seguros y reaseguros, cajas de ahorro y secciones de ahorro de los bancos, corporaciones de ahorro y vivienda, fondos de inversión, y en general los intermediarios financieros que recogen ahorro del público (subrayo) 3º Que conviene actualizar el régimen vigente de inversiones admisibles y obligatorias de quienes

recogen el ahorro privado *hacia las inversiones que estimulan mejor el desarrollo nacional* (subrayo) 4º *Que es indispensable dar mayor flexibilidad al régimen de inversiones admisibles y obligatorias, con el fin de actualizarlo en consonancia con los planes de desarrollo nacional* (subrayo) 6º *Que la expedición de los Decretos 677 y 678 del 22 de mayo de 1972 para fomento del ahorro dentro de los lineamientos del programa general de desarrollo, hace indispensable y urgente actualizar el régimen de inversiones admisibles y obligatorias con el fin de darle mayor unidad y coherencia a la política de financiamiento de los planes de inversión y mayores estímulos a la formación del ahorro...* (subrayo); d) El Decreto 299 de 1973 se expidió por el Gobierno, entre otros, con estos considerandos: "*Que es propósito fundamental del Gobierno fomentar el ahorro personal con el objeto de canalizarlo hacia la industria de la construcción* (subrayo); *Que el Decreto 678 de 1972 y disposiciones complementarias se autorizó la constitución de las corporaciones privadas de ahorro y vivienda, cuya finalidad es la de promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, dentro del sistema de valor constante...*" (subrayo). Y el Decreto 120 de 1974 se dictó por el Gobierno, entre otros, con base en estos considerandos: "*Que en el plan de desarrollo, documento que sintetiza la política del Gobierno Nacional y constituye la norma orientadora de su actividad administrativa, se consagra la necesidad de canalizar recursos hacia el sector de la construcción beneficiándose con ello la producción de bienes esenciales y la generación de más y mejores empleos, con el objeto de contribuir a la progresiva realización del bienestar de los diferentes sectores de la comunidad colombiana* (subrayo); *Que en virtud de lo anterior se dictaron los Decretos 677 y 678 de 1972, por medio de los cuales se tomaron medidas en relación con el ahorro privado...*; *Que para los fines anteriores es indispensable aclarar las consecuencias tributarias que se originan en este nuevo sistema de valor constante de ahorro y préstamo, determinando la real capacidad contributiva, a fin de lograr la equidad en los tributos...*" (subrayo). No cabe, pues, la menor duda, según su propia expresión y el contexto de los actos acusados, que el Gobierno se propuso, mediante todos ellos, realizar "el plan de desarrollo", expedido, no por los procedimientos constitucionales pertinentes, sino excediendo las facultades administrativas, que por lo excepcional son de restrictiva interpretación, que le otorga al Gobierno el artículo 120-14 de la Constitución, con ostensible violación de este precepto y de los artículos 32, 76, ordinal 49, 79 y 80 de la misma Carta, invocados como violados. (Salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osaje a la sentencia de febrero 4 de 1976 en que fue ponente el Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla. Acción de nulidad contra los UPAC). . . . .

59. PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL Y ARTICULO 120, ORDINAL 14, DE LA CONSTITUCION.

La sentencia afirma que como no se ha expedido el plan de desarrollo económico y social, el Gobierno no por ello debía abstenerse de tomar medidas como las que regulan las unidades de valor constante, denominadas UPAC. Pero, en primer término, como se acaba

de exponer, el plan económico y social es una *perentoria y prioritaria prescripción constitucional que no se puede omitir* ni dejar de cumplir discrecional o arbitrariamente, hasta el punto que sin su vigencia no puede considerarse plenamente realizado e instituido por el régimen constitucional del país. Además, como el Congreso es el órgano competente para expedirlo, mediante ley, dentro del plazo perentorio señalado al efecto, su omisión, ante la *reconocida urgencia constitucional de aprobar el plan*, implica que el Gobierno adquiere competencia para ponerlo en vigencia; de ahí que la competencia de ésta sea *condicional y supletoria*, para que obre en subsidio del Congreso, *mediante decretos que tienen fuerza de ley* (Arts. 118, Ord. 8º y 214 de la Carta), *precisamente porque tienen por finalidad suplir al legislador y reemplazar la ley*. De manera que es infundada la aserción de la sentencia de que disiento en el sentido de que ante la falta del plan el Gobierno puede adoptar medidas propias del mismo: de este modo *la sentencia confunde inconstitucionalmente dos diferentes competencias constitucionales del Gobierno*: la del artículo 80 y la del artículo 120-14 de la Carta, hasta involucrar en ésta a aquélla *ante la mera ausencia del plan*, no obstante su indicado carácter específico y supletorio; asimismo este aserto de la sentencia es contradictorio: si el artículo 120-14 otorga al Gobierno una competencia *autónoma*, por definición no podría estar condicionada por la inexistencia del plan, como lo está la que le otorga el artículo 80 de la Carta, *no por la falta de plan, sino por la expiración del plazo constitucional para que el Congreso lo expida*: de lo contrario, según el criterio que sustenta la sentencia, fácil sería a cualquier Gobierno abstenerse de presentar el proyecto de ley del plan, para, así sea por su propia determinación, arrogarse sin más una competencia del Congreso, u obviar así la falta de la Comisión del Plan. Pero, aún en esta hipótesis improbable, a lo sumo se trataría de una equivocada interpretación del artículo 80 de la Carta, pero no de *un inverosímil acrecentamiento o aumento* de la facultad que el artículo 120-14 ibídem otorga al Gobierno, *porque el Congreso mantendría su competencia, mediante iniciativa del Gobierno* (Arts 79 y 80 de la C. N.) *para discutir y aprobar el plan: la mencionada norma tiene por sí una significación unívoca, con un límite determinado por su propia finalidad, necesariamente coexistente con las funciones propias de las ramas legislativa y jurisdiccional como una unidad coherente, como un todo lógico-jurídico*. Lo contrario equivale a afirmar la posibilidad de ampliar el alcance de las atribuciones que la Constitución otorga al Gobierno, usurpando las que corresponden al Congreso, *por una circunstancia de hecho, consistente en la inobservancia o incumplimiento de uno de sus más relevantes preceptos*, y contrariando además el artículo 63 de la Carta que prescribe que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento" y los principios de nuestro derecho público, insitos también en la Constitución, que postulan que *la competencia no se determina por analogía ni por inferencia, sino por atribución, y que todos los empleados son responsables, sobre la base de que sus funciones están predeterminadas, de sus omisiones y extralimitaciones* (Arts. 20 y 63 de la Carta). (Salvamento de voto del

Consejero doctor Humberto Mora Osejo a la sentencia de 4 de febrero de 1976). . . . .

57

## 60. POTESTAD REGLAMENTARIA.

*Ejercicio y delegación. Se declara la nulidad del artículo 7º del Decreto reglamentario número 1551 de 1974.*— La Constitución Nacional le confiere al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, la potestad reglamentaria (Art. 120-3) que debe ejercer conjuntamente con el ministro o el jefe de departamento administrativo correspondiente (Art. 57, Inc. 2º). Se trata en este caso de la facultad reglamentaria para la ejecución de la ley o para expedir reglamentos "secundum legem". Conforme al artículo 135 de la misma Carta, y en razón de que la atribución en referencia tiene el carácter de administrativa, existe la posibilidad de delegarla, pero sólo en los ministros y en los jefes de departamentos administrativos, dada su calidad de jefes superiores de la administración y en los gobernadores, como agentes del Gobierno. En desarrollo del precepto constitucional indicado, la Ley 202 de 1936 señala como delegables algunas funciones presidenciales y entre ellas "*La de expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y de los decretos reglamentarios*". (Art. 1º, literal a). En desarrollo de esta disposición legal el Presidente hizo la delegación de ese atributo constitucional, con carácter permanente en cabeza de los ministros del despacho ejecutivo, por medio del Decreto 2733 de 1942, en el cual se consignó, además, que tales órdenes, indudablemente de contenido general dado su carácter reglamentaria, serían impartidas mediante resoluciones que "no necesitan someterse a la aprobación del Presidente de la República". De esta suerte, hoy por hoy en materia de reglamentación de la ley, le compete primero al Gobierno, constituido en cada caso por el Presidente y el ministro o ministros del ramo de que se trate, expedir el decreto reglamentario que constituye por así decirlo el acto de mayor jerarquía en el orden de la reglamentación y, en segundo lugar le correspondía a los ministros la reglamentación que podría denominarse secundaria porque vendría a ser un desarrollo del decreto con un contenido más específico y más acentuadamente técnico. Dadas estas competencias claramente establecidas en la Constitución y desarrolladas por la ley en la forma como se deja expuesto, resulta evidente que ni el Congreso como legislador ordinario ni el Gobierno investido de facultades extraordinarias podrá dictar normas con fuerza de ley, ni mucho menos el Gobierno, en función reglamentaria, podría alterarlas, adscribiendo a órganos diferentes una potestad de reglamentación reservada al propio Gobierno y a los ministros. Por esta razón considera la Sala que el artículo 7º del Decreto 1551, en virtud del cual se dispuso que la "Dirección General Marítima y Portuaria o la entidad que haga sus veces reglamentará por resolución lo dispuesto en este decreto", es violatoria de los artículos 120-3, 135 de la Constitución Nacional y 1º de la Ley 202 de 1936, en cuanto priva al ministro o ministros del respectivo ramo de la facultad de expedir las resoluciones reglamentarias de los decretos que dicte el Gobierno sobre el título XIV del Código de Comercio (corretaje de Comercio) conforme a lo previsto en el artículo 1353 de dicha obra.

(Sentencia de abril 9 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Hernando Gómez Mejía. Acción de nulidad contra el Decreto 1551 de julio 31 de 1974). . . . .	135
--	-----

## 61. PRECIO.

*El máximo que puede pagarse en los negocios de compraventa de inmuebles por parte de las entidades públicas, es el correspondiente al avalúo practicado por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".* En primer lugar, el Decreto 2927 de 1954, dictado con base en las facultades de estado de sitio (Art. 121 de la C. N.), no dejó de regir al levantamiento de éste, porque la Ley 141 de 1961 adoptó "como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional, desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958, en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores". De modo que el decreto en cuestión dejó de ser norma transitoria para convertirse en estatuto legal de carácter permanente en virtud de la Ley 141 de 1961, antes citada, mientras no fuera abolido o modificado posteriormente. En concepto de la Sala, el avalúo a que se refiere el artículo 5º del Decreto 2927 de 1954, según el cual "*en todo caso será necesario, cuando se trate de compraventa de bienes inmuebles, el avalúo hecho por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi*", era de carácter obligatorio. Si así no fuera, tal disposición hubiera carecido de sentido y de finalidad práctica, para convertirse en simple recomendación, de muy dudoso acatamiento en la generalidad de los casos. Su obligatoriedad se explica fácilmente y se encaminaba a evitar que en la compra de inmuebles por parte de entidades públicas, pudieran llegar a estipularse precios convencionales muy por encima de los reales y justos en determinado momento, con grave perjuicio para los intereses públicos. El Instituto Geográfico de Colombia Agustín Codazzi, es una institución eminentemente técnica, que es forzoso considerar libre de influencias o presiones que puedan desviar su criterio y hacerla caer en avalúos acomodaticios. Todos los factores que puedan influir en el avalúo de un inmueble, deben forzosamente ser tenidos en cuenta por una entidad de esa categoría científica y, por lo mismo, su concepto es una garantía tanto para la entidad pública como para el particular que negocian. Ese es el sentido de la disposición que se comenta y a juicio de la Sala y mientras ella estuvo vigente, los negocios de compraventa de inmuebles en que tuvo interés una entidad pública, debían someterse en cuanto a su precio máximo de compra, al avalúo dado por el Instituto. Posteriormente, el artículo 120 del Decreto 1670 de 1975 estableció que "*el precio máximo de compra de inmuebles será en todo caso el correspondiente al avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi*". Por último el artículo 120 del Decreto 150 de 1976 dispuso que "*el precio máximo de compra de inmuebles, será en todo caso el correspondiente al avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi*". Como se ve las disposiciones de los Decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976 respecto al precio máximo que puede pagarse en los negocios de compraventa de inmuebles por parte de las entidades públicas,



establecen que el precio es el correspondiente al avalúo practicado por el Instituto Geográfico varias veces mencionado. En sustancia, la misma disposición que sobre la materia estableció el artículo 5º del Decreto 2927 de 1954. La expresión empleada por este último estatuto a saber: "en todo caso será necesario...", no significa cosa distinta de que el precio de compra no podía ser superior al avalúo del Instituto. Si así no fuera, qué sentido tendría aquella frase? El avalúo será necesario, para qué? Para fijar el precio máximo de compra del bien materia del negocio, obviamente. De donde se concluye que así hubiera sido celebrado un negocio bajo la vigencia de esta última disposición, o se haya llevado a cabo bajo el régimen del Decreto 1670 o durante la vigencia del 150 de 1976, no podía ni puede pagarse precio superior al establecido como avalúo por el Instituto Agustín Codazzi. Esa es la opinión de la Sala por lo que hace al alcance del artículo 5º del Decreto 2927 de 1954. (Concepto del 20 de mayo de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Su publicación fue autorizada mediante oficio N° 729 de mayo 28 de 1976 por el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil). . . . .

17

## 62. PRIMA DE RETIRO POR JUBILACION.

*Para los servidores del ramo de comunicaciones, es salario que debe incluirse en la liquidación de las prestaciones sociales.*— La prima de retiro por jubilación sí es salario, por provenir su pago de la entidad nominadora, que en este caso es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y no del organismo encargado de satisfacer las prestaciones sociales, es decir, de Caprecom. La prima se causa por haber prestado servicios en Telecom, en el Ministerio de Comunicaciones o en la Administración Postal durante un mínimo de quince años, si se trata de pensión de jubilación o de diez años si lo es por pensión de vejez, o sea que se genera en razón de la prestación de servicios. De otra parte para los servidores del Ramo de Comunicaciones la prima en referencia es una remuneración estable aunque se disfrute de ella por una sola vez, con motivo del retiro para pensionarse, porque fue instituida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones mediante una resolución que tiene vigencia permanente en el tiempo y que, en ningún caso, es transitoria. Y para los empleados que se retiren o que sean retirados para hacer uso de la jubilación dicha prima es un derecho ordinario lo que hace que en el último año de servicio haga parte de sus ingresos salariales. Lo anterior es más evidente si se analiza el asunto a la luz del artículo 2º de la Ley 5ª de 1969, por el cual se aclaró el 5º de la Ley 4ª de 1966, que vino a definir con características más precisas lo que debe entenderse por salario integral. En efecto, ese artículo enumera como salario o retribución de servicios las horas extras, las primas kilométricas, los dominicales, los días feriados y las bonificaciones, utilizando la expresión etcétera, para indicar de esta manera que además de los factores salariales expresamente designados caben también otros de naturaleza semejante. (Sentencia de marzo 30 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Héctor Rubio R. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones

números 050 de enero 13 de 1972 y otras proferidas por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones). . . . .	290
---	-----

## 63. PUBLICIDAD.

*De la actuación de los órganos del Estado. Derecho a obtener certificaciones y copias de los documentos que existen en las secretarías y en los archivos de las oficinas administrativas, excepción hecha de la reserva. La regla general de la publicidad se deriva de la Constitución Nacional y sus excepciones las debe precisar el legislador, no la administración.*— En un régimen de democracia representativa como el que nos rige, la participación ciudadana no se reduce al derecho de intervenir por medio del sufragio en la constitución de los poderes públicos; además de ello, los ciudadanos tienen la facultad de ejercer una vigilancia sobre la conducta pública de los agentes del Estado y el derecho de controvertir o discutir privada o públicamente las actuaciones y las decisiones de los gobernantes y en general de todos los órganos investidos de autoridad pública. En desarrollo de este principio general de derecho constitucional que constituye como un supuesto esencial de nuestro régimen político, la Constitución colombiana prescribe la responsabilidad de los funcionarios, en los términos que defina la ley (Art. 62) por infracción de aquella y de ésta, ya sea por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio (Art. 20); correlativamente la propia Constitución les confiere a los particulares la facultad de formular denuncias y quejas contra los funcionarios (Art. 102) y les reconoce la libertad de expresar sus opiniones, sin excluir las que puedan formarse sobre los actos del Gobierno o de la administración pública y sobre la conducta de sus agentes. Naturalmente el ejercicio de tales facultades y derechos requiere, como presupuesto básico que la actividad pública no se desarrolle secretamente o bajo el sigilo sino que como pública que es, así se ejercite y de esta forma quede constancia de ella. Se entiende que en un sistema totalitario o absolutista de gobierno el calificativo de pública aplicado a la actividad sólo tenga el sentido de lo atinente a la "res pública", pero bajo un régimen democrático y representativo que reconoce y garantiza la libertad, ese calificativo adquiere además otra dimensión: la de aquello que debe y puede ser conocido por todos, por el público. Estas consideraciones le permiten a la Sala afirmar que en la Constitución Nacional está insito el principio general según el cual la actividad de los órganos del Estado no es reservada, ni secreta y que, por lo tanto, los ciudadanos salvo excepción constitucional o legal, tienen acceso a todos los documentos o instrumentos en donde conste su ejercicio. Ahora bien: por ministerio de la Constitución le corresponde, de manera general al legislador ordinario y al extraordinario sólo en la hipótesis que prevé la misma carta desarrollar sus preceptos, mediante los estatutos correspondientes, a través de los cuales se precisa y se detalla su alcance para hacerlos operantes; sólo en muy contadas hipótesis que no es pertinente analizar ahora, dispone el Gobierno de facultades directas de reglamentación constitucional, y entre éstas, lo cierto es que no se

halla incluida la materia que ocupa ahora la atención de la Sala, vale decir la relativa al desarrollo del principio general sobre la *publicidad* de la actuación de los órganos del Estado. En tal virtud ha de concluirse que las normas pertinentes sólo pueden provenir del Congreso en función legislativa, y del Gobierno únicamente cuando está investido de poderes extraordinarios. Ello explica por qué disposiciones como los artículos 316 y 320 del Código de Régimen Político y Municipal (que facultan a los particulares para pedir certificación sobre actuaciones administrativas e impone a los funcionarios la obligación de expedirlas), los artículos 314, 641, 642, 643 y 644 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 2º del Decreto-ley 1651 (dictado en uso de facultades extraordinarias), Ley 81 de 1960 relativa a asuntos tributarios y muchas otras que sería prolijo enumerar, revisten la forma de leyes o tienen la fuerza de tales. Vale la pena detenerse en el contenido de los artículos 316 y 320 del Código de Régimen Político y Municipal porque, en la medida en que son un desarrollo del principio constitucional de la publicidad establecen la regla general de que todo individuo tiene derecho a obtener certificaciones y copias de los documentos que existen en las secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo y que los funcionarios correspondientes tienen la obligación o el deber correlativo de expedirlos, salvo cuando se trate de materia sometida a reserva, lo cual significa que la reserva es la excepción. Por otra parte el referido artículo 320, en desarrollo del mismo principio general de la Constitución, prevé en su inciso final que la reserva sólo puede estar consagrada en la *Constitución* o en la *ley*. Es obvio que la publicidad, de la actuación de los órganos públicos, no puede ser un principio absoluto porque existen razones de seguridad nacional, de alta conveniencia pública o social, de eficacia del servicio, etc., que pueden hacer aconsejable o necesario mitigar el rigor de la regla; pero como claramente lo preceptúa el artículo 320, las excepciones sólo pueden emanar de la propia Constitución o de la ley. Es así como se ha instituido la reserva del sumario, la reserva en asuntos tributarios, la reserva en materias relacionadas con la defensa nacional, con la seguridad del Estado, con el manejo de las relaciones exteriores, etc. Si de la propia Constitución se deriva la regla general de la publicidad y, además por ministerio de la ley, se reserva a ésta la posibilidad de precisar las excepciones al principio, resulta evidente que ni el Gobierno en función reglamentaria, ni mucho menos otras autoridades inferiores de la administración pueden hacerlo. (Sentencia de 26 de mayo de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla). . . . .

319

## R

## 64. REGLAMENTOS AUTONOMOS.

*Naturaleza jurídica.*— La sentencia afirma que los llamados reglamentos autónomos, como los que puede proferir el Gobierno con base en las facultades del artículo 120-14 de la Constitución, tienen fuerza de ley y que, como tales, pueden modificarla indiscrimina-

damente. No comparto esta aserción de la sentencia, porque el artículo 120-14 de la Constitución consagra una atribución del Presidente "como suprema autoridad administrativa" y porque los únicos decretos con fuerza de ley que puede proferir el Presidente son los comprendidos taxativamente por los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución, de conformidad con lo prescrito por los artículos 214 y 118, ordinal 8º, de la Carta. Por lo mismo considero que los decretos que el Presidente profiere con fundamento en el artículo 120-14 de la Constitución, como sucede con los demás reglamentos autónomos que puede dictar, son administrativos y que, por lo mismo, no tienen fuerza de ley. Este mismo criterio fue sustentado por la Sala, en sentencia del 14 de junio de 1974, de la que fui ponente y por la cual se declaró la nulidad de los Decretos números 098 y 265 de 1973, relativos a los Fondos Regionales de Capitalización Social. (Salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo a la sentencia de febrero 4 de 1976 en que fue ponente el Consejero: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Eduardo Molina y otros. Acción de nulidad contra las disposiciones relacionadas con el UPAC). . . . .

57

65. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

*Por el mal servicio de la administración de justicia.*— En un caso exactamente igual al presente, esta corporación en sentencia de fecha 10 de noviembre de 1967, con ponencia del señor Consejero doctor Gabriel Rojas Arbeláez, expediente número 867, dijo lo siguiente, aplicable al caso de autos: "Indudablemente el título fue sustraído, y fue falsificado el oficio"; pero como lo primero implica un mal servicio administrativo, que es en el caso el mal servicio de la administración de justicia, que dio a conocer así no sólo la falta de seguridad en las oficinas sino también la despreocupación de los funcionarios, la Nación debe responder, porque es la persona que presta ese servicio. "La administración de justicia culmina en las decisiones jurisdiccionales, pero se ejercita a través de una sucesión de actos, varios de ellos de carácter administrativo, y simplemente de este carácter, los que pueden aparejar la responsabilidad estatal. Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden a definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad". La Sala desea agregar unas breves consideraciones al respecto. No es este el primer caso en que la Nación es condenada al pago de perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes unas veces por la inseguridad en que se mantienen los despachos judiciales y otras por negligencia de sus empleados. (Sentencia de julio 31 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Alfonso Castilla Sáiz. Indemnizaciones. Actor: Sociedad Samper Moscoso y Cía. Ltda.). . . . .

413

## S

## 66. SINIESTROS MARÍTIMOS.

*Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de las controversias sobre siniestros marítimos, determinación de la responsabilidad y condena a la respectiva indemnización.*— La Sala considera suficientes, las siguientes brevísimas razones, para sostener que tales controversias sobre siniestros marítimos, determinación de la responsabilidad y condena a la respectiva indemnización de los daños, se escapa a su competencia: a) Desde la Ley 79 de 1931 hasta el Decreto-ley 2349 y el nuevo Código de Comercio, las actividades marítimas han estado sometidas, por su especialísima naturaleza y la apremiante necesidad de un fallo rápido, mediante procedimientos breves y sumarios, a la “autoridad marítima”, Capitán de Puerto, algunas veces llamado “Capitán de Resguardo”, como juez de primer grado, y el “Tribunal Distrital de Aduanas”, luego “Dirección de Marina Mercante Colombiana” y hoy “Dirección General Marítima y Portuaria”, como juez de segunda instancia; b) Disponía el ordinal 2º del artículo 36 del antiguo Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931) al determinar la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia: 2º “De las causas o juicios relativos a la navegación marítima o fluvial *en que no se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio*”. Y, concordante con tal disposición, manda el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, en su ordinal 3º, al regular la competencia privativa y en única instancia, del Consejo de Estado “De los asuntos relativos a la navegación marítima o fluvial de los ríos navegables, *en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sea de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia*. (Art. 36, numeral 2º del Código Judicial). Por lo que, el Consejo de Estado conocía de los asuntos relativos a la navegación marítima “*en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo*” y no sean de competencia *exclusiva de la Corte Suprema de Justicia*, y esta corporación conocía de las mismas controversias, en cuanto no fuera de mero derecho administrativo “*ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio*” y es sabido que los accidentes y siniestros en la navegación marítima han estado reglados por el Código de Comercio, antes por el Código de Comercio Marítimo (Ley 57 de 1887) y hoy por el Código de Comercio, que abarca tanto el comercio terrestre como el marítimo y fluvial, por lo que se impone la conclusión de que materias como la que constituye el asunto en estudio, nunca han sido de competencia ni de la Corte Suprema de Justicia, ni del Consejo de Estado, sino como se dejó previsto, de una jurisdicción especial a cargo de la “autoridad marítima”; c) La competencia del Consejo de Estado, fue adicionada por el Decreto-ley 528 de 1964, artículo 30, literal b) al atribuirle el conocimiento, en única instancia, de: “De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos”. Y, efectivamente la Empresa Puer-

tos de Colombia fue organizada como un establecimiento público por la Ley 154 de 1959, por lo que, en principio, podría pensarse que su responsabilidad sólo puede deducirse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Mas, esta norma es general y no puede entenderse que deroga las leyes anteriores, de naturaleza especialísima y excepcional, sobre competencia en los casos de accidentes y siniestros marítimos para determinar la responsabilidad e imponer la condena indemnizatoria; d) Pero aún en el supuesto de una conclusión contraria a partir de la vigencia del nuevo Código de Comercio (Art. 1429 a 1431) y Decreto-ley 2349 de 1971, ya examinados, no queda duda de que dicha competencia está atribuida a la "Autoridad Marítima" y no a la jurisdicción contencioso administrativa; e) Por último, porque dada la especial naturaleza de los accidentes y siniestros marítimos y la variedad de sujetos de derecho que intervienen o pueden intervenir en tales hechos, la diversidad de competencia o de fueros, dividiría la continencia de la causa y demeritaría, hasta hacerla nugatoria, la autoridad de la cosa juzgada, ante la posibilidad de fallos contradictorios sobre un mismo siniestro o accidente. Se impone, entonces, como conclusión final, que los fallos expedidos por el Capitán de Puerto de Buenaventura y por la Dirección de Marina Mercante Colombiana, este último, confirmatorio de aquél, tiene fuerza de cosa juzgada, prestan mérito ejecutivo ante los jueces competentes y, agota por consumación, legalmente la jurisdicción del Estado, haciendo imposible una nueva controversia entre las mismas partes y por la misma causa. (Sentencia de junio 8 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Cía. de Vapores "Norden S. A.". Indemnizaciones). . . . .

67. SISTEMA DE AHORRO DE VALOR CONSTANTE.

*Rasgos fundamentales. Finalidades.*— En los considerandos del Decreto número 677 se indica que el sistema persigue estimular y fomentar el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción y la de producción de materiales para la misma (Art. 1º Decreto 210 de 1974). Porque estas industrias acusaban síntomas de decaimiento que venían agravando el desempleo y aumentando el déficit de la vivienda, se estimó que era menester impulsarlas prioritariamente pues no requiriendo de materia prima importada no exigían desembolsos en divisas y en cambio podrían absorber mano de obra no calificada con rapidez y en magnitudes superiores a la de cualquier otra rama industrial, a la par que se satisfacía una demanda latente muy apreciable y muy elástica, con el consiguiente aumento en la demanda para las demás industrias productoras de bienes y servicios, todo lo cual se debería traducir en bienestar general. *Los medios.* Con el ahorro existente no era posible cumplir esas finalidades. La tasa de interés del 4% reconocida al ahorrador, se había vuelto negativa frente al alza general de los precios, de suerte que quien ahorrraba se condenaba a un empobrecimiento creciente del cual se aprovechaban los usuarios del crédito suministrado con base en esos ahorros. Este desestímulo estructural estaba produciendo una disminución considerable en el monto del ahorro, de suyo ya muy bajo. Dada esta situación, en los decretos acusados se

perfilan los siguientes medios para cumplir la finalidades antes señaladas: *Aumento de la tasa de interés.* Al 5% para las cuentas de ahorros de valor constante y el 5½% para los certificados de ahorro (Art. 3º Decreto 1229 de 1972 y 4º del Decreto 359 de 1973). *La unidad de poder adquisitivo constante (UPAC)* con un valor inicial de \$ 100.00 a 15 de septiembre de 1972, que oscilaría según el promedio del índice nacional de precios al consumidor para el DANE (Art. 3º y 1º del Decreto 968 de 1973). La operancia de la UPAC puede describirse sistemáticamente así: un capital de \$ 100.00 ahorrado en UPAC, al cabo de un año, valdría \$ 120.00 si el índice de precios hubiere aumentado durante ese lapso en un 20%, manteniéndose la intangibilidad del capital en términos monetarios reales. Por otra parte, como la tasa de interés se liquida sobre los saldos mínimos presentados en UPAC, el capital para calcular el monto de los intereses, incluye el incremento nominal producido por el alza general de precios. A la vez, el usuario del crédito se obliga a pagar intereses a una tasa del 8.5% (créditos individuales hipotecarios) y a una tasa del 9% (créditos a constructores) más el incremento nominal causado por el alza de los precios. Según los decretos acusados, la UPAC es una unidad de cuenta y de registro (Art. 1º del Decreto 1229 de 1972) que sirve de instrumento para mantener el equilibrio en términos de valor real de las obligaciones crediticias, mediante su estipulación a través de una cláusula especial del contrato (Arts. 2º y 3º del Decreto 1229 de 1972). *Estímulos tributarios.* a) Desde el punto de vista del ahorrador se precisó que el mayor valor proveniente de la corrección monetaria no constituye enriquecimiento con la consecuencia de no ser gravable como renta, sino como patrimonio; b) Desde el punto de vista de los deudores se estableció que el valor de lo pagado por concepto del reajuste monetario sería deducible de la renta bruta aunque no tuviera relación de causalidad con ella, con el fin de aliviar por la vía fiscal y en alguna medida, el impacto de la corrección monetaria sobre los ingresos del usuario del crédito. *Las corporaciones de ahorro y vivienda.* Para el manejo del sistema los decretos acusados prevén la existencia de estas corporaciones, cuya creación se deja a la libre iniciativa privada. Al Banco Central Hipotecario se le autoriza especialmente para crear una filial suya (Art. 1º del Decreto 678 de 1972). Se los define como sociedades por acciones, que tendrán "la misma naturaleza social de los establecimientos bancarios y, en consecuencia, se regirán por las normas atinentes a éstos y, en lo no previsto, por las relativas a las sociedades anónimas. Se dispone que la Superintendencia Bancaria ejercerá su inspección y vigilancia en los términos de los artículos 75 y siguientes de la Ley 45 de 1923 (Art. 2º ibidem). Entre los rasgos específicos que en las disposiciones acusadas se le asignan a las corporaciones de ahorro y vivienda pueden mencionarse, las siguientes: a) La relación que deben mantener entre el capital pagado, las utilidades no distribuidas y las reservas de una parte y el total de sus obligaciones para con el público de otra, así como entre los préstamos para construcción y el capital pagado, sus reservas y sus obligaciones para con el público (Art. 5º del Decreto 2716 de 1973, 9º del Decreto 1269 de 1972 N° 8º del Decreto de 1973); b) Limitación de la cuantía de los préstamos a la construcción (parágrafo Art. 9º del Decreto 1269 de 1972); y c)

Capital mínimo de \$ 30.000.000.00 para su constitución (Art. 9º del Decreto 678 de 1972); d) Posibilidad de limitar por acto gubernamental el número de corporaciones de ahorro y vivienda y de señalar los criterios que deben orientar la autorización de su funcionamiento (Decreto 1458 de 1972); e) Limitación de la participación de bancos, compañías de seguros y sociedades de capitalización en las corporaciones de ahorro y vivienda hasta un determinado porcentaje del capital y reserva de éstas; f) Exención para las corporaciones de ahorro y vivienda del régimen general de inversiones forzosas y garantías especiales de liquidez. *La Junta de Ahorro y Vivienda*. Es un organismo gubernamental, del cual hacen parte los ministros de Hacienda y Desarrollo Económico, el jefe del departamento de Planeación y el Gerente del Banco de la República y los representantes del Banco de la República. A la Junta se le asignan funciones de asesoría y consulta, que la habilitan para proponer al gobierno regulaciones y reglamentaciones generales sobre el sistema de valor constante. Asimismo, se le otorgan atribuciones para promover este tipo de ahorro y para coordinar las actividades de las personas dedicadas a su manejo. *El fondo de ahorro y vivienda*. Es un instrumento para la financiación del sistema, sometido a la Administración del Banco de la República; sus recursos provienen de las siguientes fuentes: el crédito público, el producto de las operaciones que ejecute, las partidas que se le asignan en el Presupuesto Nacional y las que le destine el Banco de la República. Su función esencial es la de servir de instrumento financiero de las corporaciones de ahorro y vivienda y su manejo como fondo especial del crédito debe hacerse en forma separada de los demás recursos del Banco de la República. *Modificaciones introducidas al sistema*. A. El sistema de valor constante, tal y como quedó diseñado en los decretos acusados fue objeto de algunas modificaciones con posterioridad a las demandas acumuladas, materia de esta sentencia, que se sintetizan así: El nuevo Gobierno, instaurado el 7 de agosto de 1974, haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 120-14 de la Constitución Nacional expidió el Decreto 1276 de 1974 por medio del cual se dispuso: 1º Que la corrección monetaria no podrá exceder del 20% anual; este tope es hoy del 18% en virtud del Decreto 1658 de 1976 artículo 2º, también dictado en ejercicio de la misma atribución constitucional 2º Que las corporaciones de ahorro y vivienda sólo reconocerán un interés sobre los recursos captados de un 14% en cuentas de ahorro y de un 5% en certificados de ahorro (Decreto 1685 de 1975 Art. 20). 3º Que los certificados de ahorro deben tener una duración mínima de seis meses. 4º Que los usuarios del crédito de valor constante sólo pagarían un interés del 8% anual en préstamos individuales hipotecarios y 9% anual en préstamos a constructores. 5º Que las corporaciones de ahorro y vivienda deberían tener un encaje del 10% sobre el depósito y del 15% sobre cuentas de ahorro, representado en obligaciones de valor constante, sin interés emitidas por el FAVI. 6º La relación entre los préstamos y los recursos captados se determinan así: aquéllos no podrán exceder de \$ 1.20 de cada \$ 1.00 de éstos. 7º La relación entre capital pagado y reservas saneadas frente a las obligaciones para con el público se determinó así 5% en 1975, 7% en 1976 y 10% de 1977 en adelante. 8º Limitación del crédito individual hasta el 80% del valor de la vivienda siempre y cuando aquél



no exceda a 3.000 UPAC (Decreto 1685 de 1975). 9º Mediante los decretos legislativos dictados en ejercicio de las facultades constitucionales del artículo 122 (emergencia económica) se le introdujeron las siguientes modificaciones: 1. Se hizo deducible de la renta la totalidad de los costos financieros del préstamo de vivienda contraído en UPAC (Art. 47 Decreto 2053 de 1974) y de préstamo para la adquisición de activos muebles o para la inversión en actividades generadoras de renta. 2. Se asimilaron a ganancia ocasional, los valores que obtuviera el ahorrador por razón de la corrección monetaria en unidades de poder adquisitivo constante, con excepción de los liquidados antes del 31 de diciembre de 1974 (Art. 102 Decreto 2053 de 1974). Sin embargo, por medio del Decreto 2247 de 1974 artículo 58 el gravamen de ganancia ocasional se limitó a la parte de la corrección monetaria que exceda de un 8% anual, pero con la exclusión por seis meses de los depósitos a término, constituidos antes del 30 de septiembre de 1974. Además de los decretos ya mencionados, también se dictaron con fundamento en el artículo 120-14 los siguientes: 1. Decreto 1731 de 1974 "por el cual se interviene en la actividad de las compañías de seguros y de otras entidades financieras mediante la autorización para invertir en depósitos a término de las corporaciones de ahorro y vivienda. 2. Decreto 2404 de 1974 por el cual se convierte la Corporación Central de Ahorro y Vivienda del Banco Central Hipotecario en una simple sección de esa institución, a la cual le son aplicables las disposiciones sobre el sistema de ahorro de valor constante. Por medio del Decreto 1071 de 1975 se autorizó al Banco para hacerse cargo de los activos y los pasivos de la Corporación Central. (Sentencia de febrero 4 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Con salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra las disposiciones relacionadas con el sistema UPAC contenidas en diversos decretos del Gobierno dictados en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 120-14 de la Constitución Nacional Actor: Eduardo Molina y otros). . . . .

57

#### 68. SUSPENSION PROVISIONAL Y ADMISION DE LA DEMANDA.

*Recurso de súplica.*— Como el recurso interpuesto es el de súplica, previsto en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo o sea, que se ha hecho uso de un medio ordinario de impugnación, la Sala de Decisión es simultáneamente juez del "judicium rescindens" y del "judicium rescissorium", o sea que su competencia jurisdiccional comprende todas las facultades del juez que pronunció la providencia recurrida, con el objeto de que pueda decidir sobre las dos pretensiones que se formulan al interponer el recurso a saber; que se revoque la providencia y que se dicte la que deba sustituirla. En tal virtud, revocado el auto inadmisorio de la demanda, la Sala debe dictar la providencia de admisión. No constituye excepción a estos principios generales que gobiernan el procedimiento de la impugnación, por la vía del recurso ordinario, el precepto del artículo 95 del Código Contencioso Administrativo pues esta disposición según su propio texto sólo se aplica al magistrado sustanciador y no a la Sala de Decisión. Por consiguiente cuando ésta revoca el auto

inadmisorio de una demanda en la cual se formuló la petición de suspensión provisional, necesariamente deben escindirse el auto admisorio y la decisión sobre la medida provisoria porque como sobre esta petición no hubo lugar a ningún pronunciamiento del sustanciador, la Sala tampoco adquirió competencia para ello y además porque si ella decidiera, se privaría al actor del recurso de súplica que le otorga la ley. En tal virtud, admitida la demanda por la Sala, queda pendiente la resolución sobre suspensión provisional que le compete al sustanciador. El fenómeno que se deja descrito no implica desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 95, porque como ya se dijo, la regla que él contiene contempla únicamente el caso de la admisión de la demanda por el sustanciador cuando medie una solicitud de suspensión provisional, mas no la hipótesis de que el auto admisorio sea proferido en Sala de Decisión, en virtud de un recurso de súplica. (Auto de 24 de junio de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Fernando Umaña Pavolini. Nulidad contra 105 registros de exportación expedidos por el INCOMEX). . . . .

398

#### 69. SUSTITUCION DE PENSIONES.

*Se declara la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 690 de 1974, reglamentario de la Ley 33 de 1973. El párrafo del artículo 2º. La parte del inciso 1º del artículo 3º: "o se presenta alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior", así como la totalidad del inciso 2º del mismo artículo 3º. El artículo 4º a excepción del inciso 2º. El inciso 2º del párrafo del artículo 6º.—* Haciendo una comparación de las normas del Decreto 690 de 1974, reglamentario de la Ley 33 de 1973, se observa: es evidente como lo expresa la Fiscalía, que los decretos reglamentarios no pueden ni ampliar ni restringir el contenido de las normas que se trata de reglamentar y que, si lo hacen, deben ser anulados. Dice la Fiscalía: "En efecto la norma transcrita se limita a desarrollar la ley que reglamenta, según la cual los hijos menores del causante incapacitado para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. La disposición reglamentaria que ahora se estudia no dispone nada nuevo puesto que apenas aclara o explica que los mayores de catorce años que hayan obtenido autorización escrita para trabajar, como es obvio, no tendrán derecho a la sustitución pensional, lo cual tiene que ser así porque uno de los requisitos exigidos al menor para tener derecho a la prestación pensional es la de que dependa económicamente del causante y que esté incapacitado para trabajar en virtud de los estudios. Luego, el artículo 4º en su inciso 1º del decreto reglamentario de la prenombrada Ley 3ª si bien sobraba, es decir, no era absolutamente necesario haberlo incluido en el estatuto reglamentario, tampoco da base para que se afirme que su contenido desbordó la potestad reglamentaria y por lo tanto la nulidad solicitada no puede hacerse extensiva a él. "Pero en cuanto respecta a las otras normas citadas en la demanda, bien se ve que el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria pues no

sólo se consagran limitaciones y causales no contempladas en el estatuto reglamentado, sino que se fijan condiciones que este último tampoco señala, con lo cual no es aventurado afirmar que el Decreto 690 de 1974, en las disposiciones acusadas no se limita a desarrollar lo previsto en la ley sustantiva para su cumplida ejecución, sino que unas veces la restringe o la amplía en forma caprichosa o arbitraria y en tal virtud no se ha ceñido a las características o principios generales que deben tenerse en cuenta para su expedición. Sobre este punto el Consejo de Estado, en innumerables ocasiones se ha pronunciado así: "El decreto reglamentario no puede ser otra cosa que el desarrollo lógico de las disposiciones de la ley, que trata de reglamentar y que no puede, sin incurrir en extralimitación, establecer nada que implícitamente no se halle contenido en aquélla. Por lo mismo, tampoco puede cercenar nada de lo expresamente estatuido en la ley. En uno y otro casos, excederían la potestad reglamentaria". (Sentencia de noviembre 14 de 1949, T. LVIII, Nos. 367-371, Pág. 89). "En consecuencia, como el estatuto reglamentario condiciona el derecho de las personas allí relacionadas a requisitos y a una edad tope que no contempla la Ley 33 debe concluirse como lo dicen los demandantes, que como ninguna "de las reformas, limitaciones y restricciones previstas en el decreto reglamentario fueron contempladas en la ley reglamentada" se patentiza el abuso de poder y la violación de los derechos consagrados en aquélla". (Sentencia de abril 7 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Nemesio Camacho Rodríguez. Actor: Milán Díaz García y otro). . . . .

129

## T

## 70. TESTAMENTOS CERRADOS Y PODERES.

*Su inscripción en las oficinas de instrumentos públicos del país. Se declara la nulidad del artículo 2º del Decreto número 208 de 13 de febrero de 1975.*— Es claro que los artículos 2º y 4º del Decreto 1250 de 1970 han sido quebrantados por el acto acusado, ya que el primero de ellos no incluye entre los actos sujetos a registro los poderes de que trata la disposición reglamentaria demandada, ni el segundo incluye entre los libros que componen el archivo del registro el de poderes a que se refiere dicha disposición, por lo cual extralimitó el Presidente la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 120, numeral 3º, Constitución Nacional, a consecuencia del quebranto de los artículos 2º y 4º del Decreto extraordinario 1250 de 1970. (Sentencia de febrero 4 de 1976; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: José Joaquín Díaz Perilla. Acción de nulidad contra el artículo 2º del Decreto reglamentario 208 de 1975). . . . .

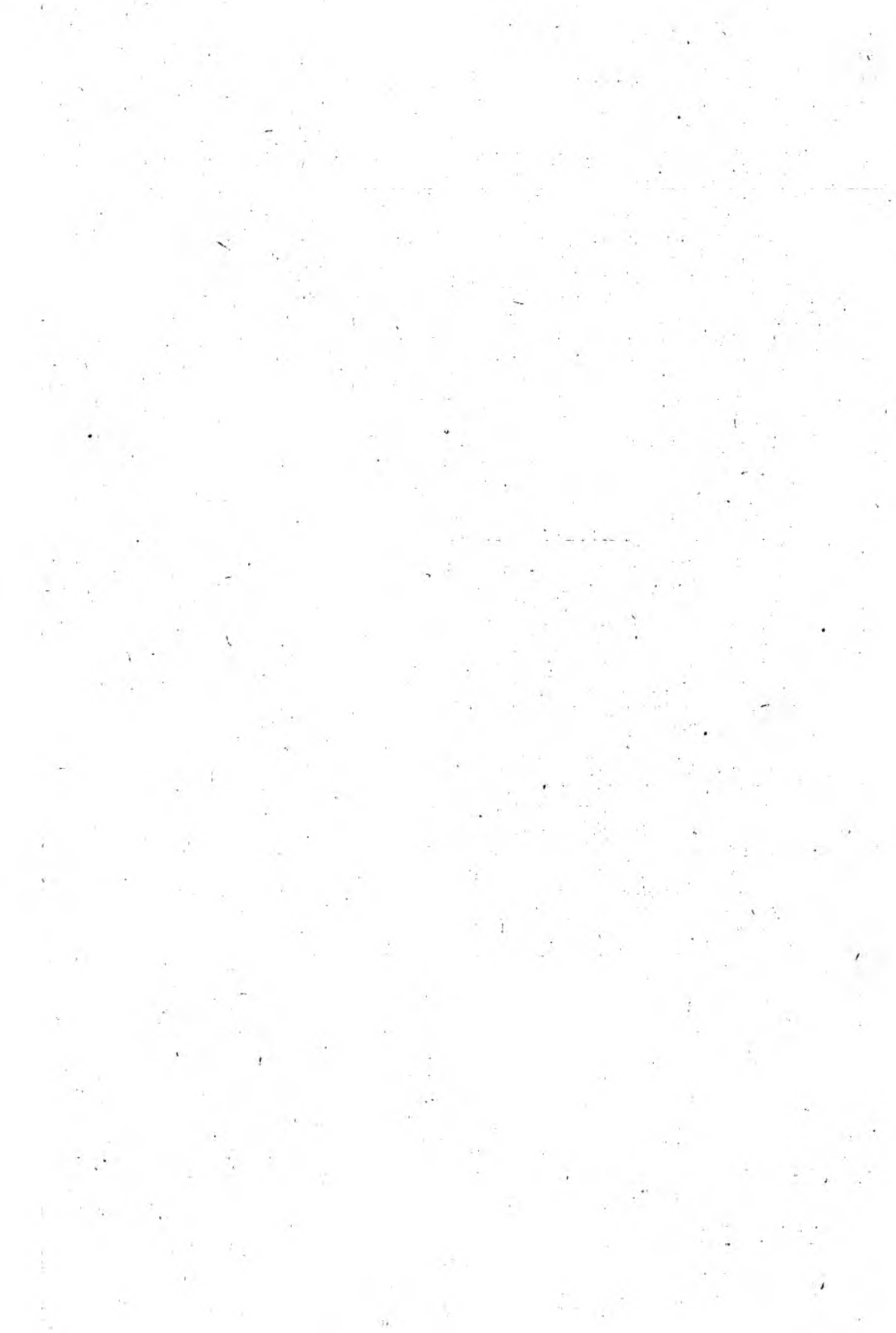
223

## U

## 71. UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE UPAC Y LA CONSTITUCION.

La sentencia proferida por la mayoría sostuvo, a este respecto, que "el UPAC no es una medida general del valor, la cual, para el efecto,

sigue siendo el peso o moneda legal colombiana, sino un factor para determinar el "quántum" de cierto tipo de obligaciones, en términos del signo monetario fijado en la ley". Pero, en primer término, lo propio podría decirse de cualquier otro signo que sirve de medida del valor, como por ejemplo una moneda extranjera, el dólar, el marco el franco o la peseta, cuya cotización se determina, como expresa la sentencia, "en términos del signo monetario fijado en la ley" colombiana; en segundo lugar, lo cierto es que la "unidad de poder adquisitivo constante" *constituye una medida obligatoria del valor* "tanto en los contratos sobre constitución de depósito de ahorro entre los depositantes y las corporaciones de ahorro y vivienda como en los contratos de mutuo que éstas celebren para el otorgamiento de préstamos" (Art. 2º del Decreto Nº 1229 de 1972), con el fin de instituir la llamada "corrección monetaria" (Art. 122 numeral 2º, del Decreto especial Nº 2053 de 1974); por lo mismo no es fundado el aserto de la sentencia, que acoge los argumentos expuestos por la parte opositora, en el sentido de que el UPAC se pacta en estipulaciones voluntarias de carácter contractual: *es voluntario celebrar o no los contratos pero en caso positivo necesaria y obligatoriamente se debe estipular el UPAC.* (Art. 3º y parágrafo del Decreto 677 y 2º del Decreto Nº 1229 de 1972), como un requisito esencial, además, ni del tenor literal ni de la finalidad del artículo 12014 de la Constitución se deduce que autorizó al Gobierno para tomar tal determinación que en cuanto atañe a un signo monetario y condiciona o limita una actividad particular, *sólo puede ser adoptada por el legislador* (Arts. 20, 32 y 76 Ord. 15, de la Constitución), *al cual está adscrita, además de las funciones específicas, la cláusula general de competencia legislativa, que excluye, también por este aspecto, la competencia del Gobierno.* De donde se sigue claramente que ésta se arrogó una competencia legislativa. Es cierto que los Decretos especiales números 2053 (Arts. 47, parágrafo, Inc 2º y 122, número 2) y 2247 (Art. 58) de 1974 y 187 (Art. 37) de 1975, expedidos con base en el artículo 122 de la Constitución, aluden a las "unidades de poder adquisitivo constante", *pero no para legalizarlas, sino para determinar, respectivamente, los costos deducibles de la renta, las ganancias ocasionales, la renta gravable y los costos igualmente deducibles, para los mismos efectos, en la adquisición de bienes.* (Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo a la sentencia de febrero 4 de 1976). . . . .



# INDICE GENERAL

## PRIMERA PARTE

### FUNCION CONSULTIVA

#### TITULO UNICO

#### CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público): Consulta sobre si la comisión Tercera de la Cámara como los honorables Senadores de la República, tienen facultad legal para consultar los informes de visita que la Superintendencia lleva en relación con sus entidades vigiladas. (Concepto de 4 de febrero de 1976, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio número 080 de marzo 3 de 1976). . . . . 9
2. (Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil). Consulta sobre si el avalúo de bienes inmuebles practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para efectos de su adquisición por parte de establecimientos públicos, conforme a lo establecido por el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, era de carácter obligatorio e invariable, o si, por el contrario sólo tenía el carácter de simple apreciación. (Concepto de mayo 20 de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio número 729 de mayo 28 de 1976). . . . . 17
3. (Ministerio de Justicia). Consulta sobre si son funcionarios públicos del orden municipal los gerentes de establecimientos públicos municipales, cuyas entidades descentralizadas, con personería jurídica y autonomía administrativa, encargados de prestar servicios públicos, tales como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, etc. En caso afirmativo, corresponde a los alcaldes en su carácter de jefes de la administración municipal, designar tales gerentes. (Concepto de febrero 11 de 1976. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio número 035 de febrero 24 de 1976). . . . . 20
4. (Departamento Administrativo del Servicio Civil). Consulta sobre el procedimiento para modificar el "auxilio" o "subsidio" establecido por

- el Gobierno para los empleados públicos en el Decreto 2477 de 1970, y la naturaleza de dicha ayuda, determinando si es salario, factor de salario o prestación social. (Concepto de 24 de febrero de 1976; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada con oficio número 1987 de marzo 4 de 1976). . . . . 27
5. (Ministerio de Agricultura). Consulta sobre la aplicabilidad o no de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 95 de 1946, con respecto a los trabajadores oficiales de los Bancos Oficiales. (Concepto de marzo 1º de 1976. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Mario Latorre Rueda. Publicación autorizada con oficio número 2176 de marzo 22 de 1976). . . . . 33
6. (Departamento Administrativo del Servicio Civil). Consulta sobre la naturaleza jurídica de la vinculación del personal subalterno de las notarias. (Concepto de 9 de marzo de 1976. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada con oficio número 2152 de marzo 16 de 1976). . . . . 37
7. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 15 del Decreto 3254 de 1963 relativo al no funcionamiento de mesas de votación en los corregimientos e Inspecciones de Policía que se creen o se restablezcan a partir del primero de enero del año en que han de verificarse las elecciones. (Concepto de 23 de marzo de 1976. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio número 0657 de marzo 24 de 1976). . . . . 42

## SEGUNDA PARTE

### FUNCION JURISDICCIONAL

#### TITULO I

#### ORDEN NACIONAL

##### CAPITULO PRIMERO

##### *Decretos del Gobierno*

1. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra los ordinales a), b), c), d), e), f), g), h), i), del artículo 26 del Decreto reglamentario número 281 de 1975. Actor: Andrés Rodríguez Pizarro. (Sentencia de marzo 13 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla). . . . . 47
2. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 2º del Decreto 2284 de 1974. Actor: Gustavo Humberto Rodríguez. (Senten-

	Páginas
cia de marzo 15 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla).	52
3. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra las disposiciones relacionadas con el sistema de ahorro de valor constante contenidas en diversos decretos del gobierno dictados en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional. Actor: Germán García Barrero y otros. (Sentencia de 4 de febrero de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo).	57
4. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario número 1576 de 1974 en sus artículos 37 y 38, 39, 40, 41 y 42. Actor: Guillermo A. Benavides. (Sentencia de 12 de marzo de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla).	118
5. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el párrafo del artículo segundo, inciso 1º, artículo 3º, artículo 4º e inciso 2º del párrafo del artículo 6º del Decreto reglamentario 690 de 1974. Actor: Milán Díaz García y Arcadio López. (Sentencia de abril 7 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Nemesio Camacho Rodríguez).	129
6. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 7º del Decreto reglamentario 1551 de 1974. Actor: Hernando Gómez Mejía. (Sentencia de 8 de abril de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla).	135
7. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el literal b) del ordinal 3º del artículo 1º, del artículo 6º, del inciso primero del artículo 51 y de los artículos 56, 57 y 58 del Decreto reglamentario 187 de 1975. Actor: Armando Parra Escobar. (Sentencia de 23 de abril de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Con salvamento parcial de voto del doctor Jorge Dávila Hernández).	146
8. (Decreto). Acción de nulidad contra el artículo 14 del Decreto 432 de 1969. Actor: Héctor R. Rodríguez P. (Sentencia de mayo 24 de 1976. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Salvamento de voto de los Consejeros doctores Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Castilla Sáiz, Humberto Mora Osejo, Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro).	171
9. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra los artículos 12, 13, 59 y 60, 66, 67 y 68 del Decreto reglamentario 187 de 1976. Actor: Cayetano Betancur. (Sentencia de 18 de junio de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Con salvamento de voto del doctor Jorge Dávila Hernández).	188



	Páginas
10. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 5º del Decreto reglamentario 2817 de 1974. Actor: Pedro Manuel Charria Angulo. (Sentencia enero 15 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives). . . . .	217
11. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 1º, numeral 3º, literal a), del Decreto reglamentario 187 de 1975. Actor: Leopoldo Uprimny. (Sentencia enero 15 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortíz Amaya). . . . .	221
12. (Decreto de Gobierno). Acción de nulidad contra el artículo 2º del Decreto 208 de 1975. Actor: José Joaquín Díaz Perilla. (Sentencia de febrero 4 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives). . . . .	223
13. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad del aparte b) del artículo 1º del Decreto reglamentario 2431 de 1974. Actor: Pedro Manuel Charria. (Sentencia de febrero 4 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives). . . . .	229
14. (Decreto ejecutivo). Acción de nulidad contra el artículo 13 frase final del párrafo del artículo 59 y acta 122 y 123 del Decreto ejecutivo número 1387 de 1970. Actor: Humberto Velásquez. (Sentencia de enero 14 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives). . . . .	234

## CAPITULO SEGUNDO

### *Resoluciones ministeriales y otros actos de los Ministros.*

1. (Ministerio de Defensa Nacional). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 6937 de 1970 del Ministerio de Defensa Nacional. Actor: Jorge Eliécer Vargas Ortiz. (Sentencia de abril 1º de 1976. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Alfonso Castilla Sáiz. Con aclaración de voto de los doctores Nemesio Camacho Rodríguez y Rafael Tafur Herrán). . . . .	245
2. (Ministerio de Relaciones Exteriores). Acción de nulidad contra el acto del Gobierno Nacional, o, restringiendo la petición del acto del señor Ministro de Relaciones Exteriores fechado en Bogotá el 22 de diciembre de 1952. Actor: Alfonso Romero Aguirre. (Sentencia de enero 28 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Con salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo). . . . .	251

## CAPITULO TERCERO

### *Actos de otras Autoridades Administrativas del Orden Nacional.*

1. (Superintendencia de Industria y Comercio). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 962 de 1971 y 252 de 1972 expedidas	
---	--

Páginas

- ambas por el señor Superintendente de Industria y Comercio y la 480 de 1973 emanada del Ministerio de Desarrollo Económico. Actor: Rohm And Haas Company. (Sentencia de enero 16 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao). . . . . 273
2. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad contra la circular número 006 de 1975 expedida por el Director General de Impuestos Nacionales. Actor: Ignacio Chiappe Lemos. (Sentencia de 22 de enero de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero). 283
3. (Caprecom). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 00050 y 1824, 02153 y 000045 todas de 1972 emanadas de la gerencia de Caprecom, las tres primeras, y de la Junta Directiva de la misma entidad la última. Actor: Héctor José Rubio Romero. (Sentencia de marzo 30 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Alvaro Orejuela Gómez). 290
4. (Superintendencia de Industria y Comercio). Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución número 024 de 1974 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: Gilma Ibarque vda. de Rojas. (Sentencia de abril 30 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives). . . . 294
5. (Instituto Geográfico Agustín Codazzi). Acción de Plena Jurisdicción contra el acto administrativo de 7 de marzo de 1973 proferido por el Director encargado del Catastro Nacional del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; Resolución número D-017 de 1973 proferida por el Director Seccional del Catastro del Cauca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; Resolución número 197 de 1973 proferida por la comisión de catastro jurídico-fiscal; Resolución número 196 de 1973 proferida por la misma Comisión; Resolución número D-058 de octubre de 1973 proferida por el Director encargado de la Seccional de Catastro del Cauca. Actor: Aurelio Mosquera Caicedo. (Sentencia de 24 de mayo de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo). 306
6. (Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil). Acción de nulidad contra numerales 8.3.4, 8.3.5, 8.5.9.11, y 8.6.4, del capítulo primero de la parte 8ª seguridad aérea del manual de reglamentos aeronáuticos. Actor: Camilo González y otro. (Sentencia de mayo 26 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla). . . . . 319
7. (Superintendencia de Industria y Comercio). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 127 de 1974 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio y la Resolución número 00806 de 1973 proferida por la División de Propiedad Industrial de la misma Superintendencia. Actor: Compañía Elaboradora Colombiana de Muebles Ltda. "CEC". (Sentencia de junio 3 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alvaro Pérez Vives). . . . . 328

8. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad contra el oficio número 023831 de 1974 expedido por el Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Actor: Franciscó Eladio Gómez. (Sentencia de junio 3 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Con salvamento de voto del doctor Miguel Lleras Pizarro). . . . . 359
9. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad contra la circular 010 de 1975 expedida por el Director General de Impuestos Nacionales. Actor: Ignacio Durán Bravo. (Sentencia de 18 de junio de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero). . . . . 210

#### CAPITULO CUARTO

##### *Suspensiones Provisionales de Actos de Orden Nacional.*

1. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 4º del Decreto reglamentario 2803 de 1975. Actor: Guillermo Gómez Téllez. (Auto de 24 de febrero de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Miguel Lleras Pizarro). . . . . 377
2. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 91 inciso 1º del Decreto reglamentario número 187 de 1975. Actor: Alvaro Macías Ordóñez. (Auto de marzo 2 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Bernardo Ortiz Amaya). . . . . 381
3. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el inciso 1º del artículo 12 del Decreto reglamentario 331 de 1976. Actor: Alejandro Páez. (Auto de mayo 20 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Bernardo Ortiz Amaya). . . . . 384
4. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el literal c) del artículo 7º y literal a) del artículo 21 del Decreto reglamentario 2815 de 1975. Actor: Hernando Carvajal. (Auto de junio 9 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero sustanciador: doctor Jorge Valencia Arango). . . . . 388
5. (Decreto reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 8º del Decreto reglamentario 0116 de 1976. Actor: Pedro M. Charria Angulo. (Auto de 22 de junio de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero sustanciador: doctor Alvaro Orejuela Gómez). . . . . 391
6. (Resoluciones Incora). Acción de nulidad contra las Resoluciones números 033 de 1975 y 140 del mismo año expedidas por la Junta Directiva del Incora. Actor: Hacienda Verbenal, Buenos Aires, La Libertad Ltda. (Auto de febrero 27 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez). . . . . 394

7. (Resoluciones del Ministerio de Desarrollo Económico e Incomex). Súplica contra el auto de Sala Unitaria de 26 de mayo de 1976 por medio del cual se dispuso no admitir la demanda. Actor: Fernando Umaña Pavolini. (Auto de junio 24 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Con observaciones del doctor Alvaro Pérez Vives). 398

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO UNICO

*Ordenanzas Departamentales.*

1. (Asamblea del Magdalena). Acción de Nulidad contra el artículo 4º de la Ordenanza 26 de 1972 de la Asamblea Departamental del Magdalena. Actor: Edgardo Orozco Orozco. (Sentencia de 8 de mayo de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Ricardo Uribe Holguín). . . . . 405
2. (Asamblea Departamental del Valle del Cauca). Apelación contra el auto inadmisorio de la demanda proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle. Actor: Lucía Bellini de Cabal. (Sentencia de abril 22 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla). 410

TITULO III

INDEMNIZACIONES

CAPITULO UNICO

*Responsabilidad extracontractual.*

1. Responsabilidad de la Nación, por falla en el servicio público, que por negligencia, omisiones y culpa grave, dio ocasión para que se cobraran dolosamente varios títulos de depósito judicial. (Sentencia de julio 31 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Alfonso Castilla Sáiz). . . . . 415
2. Responsabilidad extracontractual. Reposición del auto que dispuso la admisión de la demanda. Actor: Samuel E. Poole. (Auto de 1º de marzo de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero sustanciador: doctor Carlos Portocarrero Mutis) . . . 420
3. Responsabilidad de la Nación por los perjuicios ocasionados por una colisión ocurrida entre el carguero alemán "Robert Bornhofen" con el remolcador de la Armada Nacional "Pedro de Heredia". (Sentencia de marzo 11 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec-

- ción Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez con salvamento de voto del doctor Alfonso Castilla Sáiz). . . . . 426
4. Responsabilidad de la Nación por los daños causados a la moto nave "Nordfarer" de bandera y matrícula danesa, durante la operación de atraque al muelle de la bodega del terminal marítimo de Buenaventura. (Sentencia de junio 8 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango). . . . . 437

## TITULO IV

## JUICIOS ELECTORALES

1. Nulidad de la Resolución número 001 de 1975 por la cual se designó como gerente de las Empresas Municipales de Tuluá al doctor Octavio Arias Miranda y de la Resolución número 002 del mismo año en 8 de enero por medio de la cual la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Tuluá nombro al doctor Marcelino Ayala como subgerente de la misma. (Sentencia de 26 de abril de 1976. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo). . . . . 449
2. Nulidad de la elección de Darío Salazar y Carmenza Murillo como Personero y Tesorero respectivamente del municipio de Samaná de Caldas. Apelación. (Sentencia de mayo 5 de 1976. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango). . . . . 454

## TITULO V

## REVISION DE RECONOCIMIENTOS

1. Acción de revisión contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 1974 por el Consejo de Estado en el sentido de decretar que el doctor Alfonso Arboleda Romero no tiene derecho a la pensión de jubilación que le fue reconocida. Actor: Federación Nacional de Cafeteros. (Sentencia de marzo 31 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Nemesio Camacho Rodríguez). . . . . 461

## TITULO VI

## REVISION DE IMPUESTOS

1. (Impuesto de renta). Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta por el año de 1967 practicada en Inversiones el Hogar S. A. (Sentencia de 19 de febrero de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro). . . . . 467

Páginas

- 2. (Impuesto de renta). Revisión de la operación administrativa de la liquidación del impuesto sobre la renta por el año de 1966 practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva a Alvaro Manrique Gutiérrez. (Sentencia de 19 de febrero de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero). . . . . 477
- 3. Revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos de renta y complementarios correspondientes al año de 1974 practicada a la Sociedad Motores S. A. (Sentencia de abril 8 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya). . . . . 479

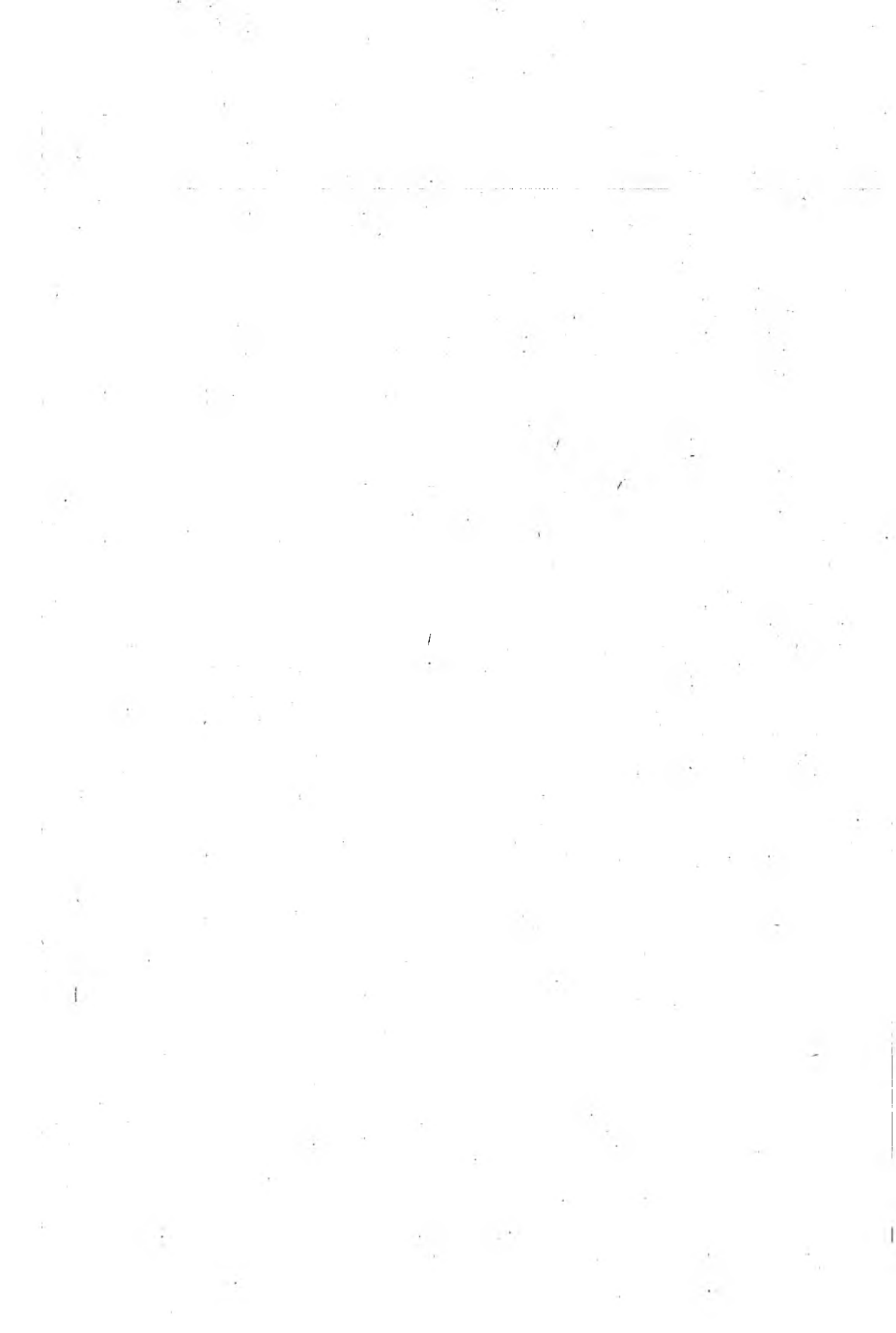
TITULO VII

JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO UNICO

*Apelaciones.*

- 1. Juicio por jurisdicción coactiva adelantado por la Nación contra el Banco de Colombia. (Sentencia de enero 15 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya). . . . . 485



**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).**

**BOGOTÁ, D. E., MARZO DE 1979**



