REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO



TOMO LXXVII

AÑO XLIV

NUMEROS 423 Y 424

SEGUNDO SEMESTRE DE 1969

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

Dr. PEDRO TORRES SUAREZ

CONSEJO DE ESTADO

1969

SEGUNDO SEMESTRE

SALA PLENA

Presidente:

Doctor Jorge de Velasco Alvarez

Vicepresidente:

Doctor Juan Hernández Sáenz

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJEROS:

SECCION PRIMERA

Doctor Alfonso Arango Henao
Doctor Jorge de Velasco Alvarez
Doctor Enrique Acero Pimentel
Doctor Alfonso Meluk

SECCION SEGUNDA

Doctor Nemesio Camacho Rodríguez
Doctor Alvaro Orejuela Gómez
Doctor Belisario Arciniegas
Doctor Andrés Holguín

SECCION TERCERA

Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez
Doctor Carlos Portocarrero Mutis
Doctor Gabriel Rojas Arbeláez
Doctor Jorge A. Velásquez D.

SECCION CUARTA

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

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJEROS:

Doctor Guillermo González Charry
Doctor Alberto Hernández Mora
Doctor Luis Carlos Sáchica A.
Doctor Alejandro Domínguez Molina

FISCALIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Fiscal Primero:

Doctor Joaquín Caro Escallón

Fiscal Segundo:

Doctor Osvaldo Abello Noguera

Fiscal Tercero:

Doctor Eduardo Aguilar Vélez

Fiscal Cuarto:

Doctora Aydee Anzola Linares

RELATORES:

Doctora Clara Forero de Castro

Doctor Dionisio José Gómez Rodado

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

I. **LEY LABORAL.**— Aplicación inmediata. Artículo 4º de la Ley 4ª de 1966.— **La disposición del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene aplicación en el caso de liquidación de pensiones de jubilación causadas dentro de la legislación anterior a la Ley 4ª de 1966, aunque su reconocimiento se haga dentro de su vigencia. De conformidad con la doctrina consagrada en el artículo 16 del citado Código, la disposición de la Ley 4ª produce efecto general inmediato pero no tiene efecto retroactivo.**

II. **CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.**— Funciones. **A la Contraloría General de la República no le corresponde ejercer funciones que son propias de la jurisdicción contencioso administrativa sino sólo las indicadas en el artículo 10 de la Ley 5ª de 1946.**

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

(Consejero ponente: **Doctor Alberto Zuleta Angel**).

El señor Ministro de Educación Nacional ha hecho a esta corporación la siguiente consulta:

"En ejercicio de la atribución que confiere al Gobierno el artículo 24 de la Ley 167 de 1941, me permito elevar al honorable Consejo de Estado la siguiente consulta:

"La ley 4ª de 1966 en su artículo 4º dispone: "Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

"Desde la vigencia de la disposición en cita el Ministerio ha venido aplicando la tarifa del 75% para liquidar pensiones causadas con anterioridad al 23 de abril de 1966, teniendo en cuenta, además del ordenamiento del artículo 4º, de la mencionada ley, que establece las pensiones de jubilación a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual de los sueldos obtenidos durante el último año de servicios, el principio jurídico de que en materia penal como laboral deba aplicarse la ley más favorable.

"Al adoptar el criterio anteriormente expuesto y el cual se fundamenta como se ha advertido, en la aplicación de la ley más favorable que consagra el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, se ha seguido los lineamientos jurisprudenciales, que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han fijado sobre el particular".

Transcribe en seguida partes pertinentes de algunas providencias de la Corte y del Consejo y agrega:

"Considera este Ministerio que si en dichos fallos se determina la viabilidad jurídica de aplicar retrospectivamente una ley posterior para reconocer un derecho que no resultaba constituido conforme a la ley anterior, la doctrina es tanto más aplicable a aquellas pensiones consolidadas bajo una ley anterior, pero cuyo decreto o reconocimiento se hace bajo una legislación posterior más favorable se ha estimado entonces, que aplicando la norma posterior en la forma dicha, el principio de derecho a que me vengo refiriendo tiene cumplimiento y operancia.

"Se consulta:

"En concepto del honorable Consejo de Estado, es procedente y jurídico aplicar el anterior criterio en la liquidación de las pensiones de jubilación causadas dentro de la legislación anterior a la Ley 4ª de 1966, pero cuyo reconocimiento se hace dentro de su vigencia?"

La Sala considera

Dice el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, citado por el Ministerio de Educación: "**Normas más favorables.** En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de **normas vigentes de trabajo**, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad".

Claramente se refiere esta disposición a **normas vigentes** de trabajo, como lo ha subrayado la Sala. No es este el caso a que se refiere la consulta del señor Ministro, pues en ella no se trata de la aplicación preferente que deba darse a una norma legal, entre varias que estén vigentes, cuando resulte más favorable al trabajador. Además, debe tenerse presente que la norma que se adopte, llegado el caso, debe aplicarse en su integridad.

En varias decisiones, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo tuvo oportunidad de señalar el alcance del principio contenido en la mencionada disposición legal (v. sentencias citadas en el Código Sustantivo del Trabajo, anotado por Ortega Torres pág. 37). Así en fallo de 5 de noviembre de 1949 (Ricardo Sánchez contra el municipio de Medellín) se expresa: "El principio de nuestra legislación y del Derecho del Trabajo, según el cual la disposición más favorable al trabajador es la que se aplica, debe entenderse en el sentido de que confrontada una norma con otra, bien de ley, reglamento, contrato, convención o fallo arbitral, la una debe excluir a la otra según que favorezca al trabajador pero no puede tomarse el precepto como una serie de partes, sino como un todo armónico, pues una disposición se aplica o no se aplica, pero peca contra la hermenéutica jurídica y contra la

más simple lógica que una norma rija en estos casos por etapas o partes y no en su totalidad". Puede verse también sobre este punto: Herrnstadt, citado por C. H. Pareja, Código Sustantivo del Trabajo, página 38.

Dice el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo: "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores".

El autorizado expositor mejicano Mario de La Cueva, cita y acoge un fallo de la Sala del Trabajo de la Suprema Corte de Justicia de México, en el cual se lee: "El problema de la aplicación de las leyes en cuanto al tiempo descansa en la diferencia entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo de una ley, siendo el primero la aplicación de la ley en el presente y el segundo en el pasado. El principio general es que la aplicación de toda ley es inmediata, esto es, que se aplica en el presente, pero que no puede ser aplicada al pasado. Esta distinción se ve con claridad cuando se trata de situaciones jurídicas nacidas y extinguidas bajo el imperio de una sola ley, pero requiere algunas explicaciones cuando la duración de una situación jurídica, nacida al amparo de una ley, se prolonga más allá de la fecha en que dicha ley fue sustituida por otra. Para estos casos, se hace preciso determinar en qué consiste el efecto inmediato y cuál sería el retroactivo de una nueva ley pudiendo, a este respecto, darse como criterio general el propuesto por Roubier en su libro, **Les conflicts de lois dans le temps**: si la nueva ley pretende aplicarse a hechos verificados **(facta praeterita)** es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso **(facta pendentia)**, será necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación que no podrán ser tocadas sin que la ley sea retroactiva y las posteriores, para las cuales la ley nueva, al aplicarse, no tendrá sino un efecto inmediato; por último, con relación a los hechos futuros **(facta futura)**, es claro que la ley no puede ser nunca retroactiva".

El mismo tratadista, en otra parte de su obra, adopta también el siguiente concepto del profesor Krotoschin: "El carácter de orden público que revisten, por lo general, las leyes de trabajo, requiere su aplicación inmediata, esto es, su imposición a partir del momento mismo de su vigencia a todas las situaciones afectadas y con respecto a los efectos jurídicos que en el futuro se produzcan. En cambio, esas leyes sólo por excepción tendrán retroactividad de **segundo grado**, que se refiere a los efectos que una situación determinada habría producido bajo el imperio de la ley anterior, para modificarlos, aumentarlos o disminuirlos".

Finalmente, el señor Viceministro de Educación Nacional, en comunicación dirigida a esta corporación consulta:

"Si esa alta corporación considera que el criterio de interpretación y aplicación del principio de la favorabilidad de la ley, seguido por el Ministerio de Educación en materia de la liquidación de pensiones de jubilación causadas dentro de la legislación anterior a la Ley 4ª de

1966, pero cuyo reconocimiento se hace dentro de su vigencia, no es pertinente, se consulta:

"Si los actos administrativos **en firme**, dictados por este Ministerio con aplicación del criterio enunciado deben producir los efectos legales correspondientes, y si por consiguiente, la Contraloría General de la República debe tramitar las órdenes de pago causadas por razón de estos actos, **o si, de acuerdo con sus funciones constitucionales** puede negarse a ello, argumentando como lo ha hecho en esta materia, que se ha dado equivocada interpretación y aplicación al artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, ejerciendo de esta manera un control sobre la legalidad de actos administrativos".

Sobre el punto a que se refiere esta parte de la consulta, la Sala acoge la exposición del Consejero doctor González Charry de 4 de mayo de 1960 publicada en los números 387-391 de los Anales del Consejo de Estado en la cual se lee:

"Por otra parte, la sentencia de la cual me separo, abre una brecha grave y seria a la organización administrativa y jurisdiccional al atribuir al Contralor funciones que no se desprenden ni de su naturaleza, ni de su organización constitucional y legal, y facilita la posibilidad de una serie de conflictos entre la Contraloría y el resto de la administración, que las leyes y decretos que la organizaron habían evitado sabiamente. En efecto, para impedir que el organismo de control fiscal tuviera ingerencia en el aspecto administrativo (oportunidad, cuantía y conveniencia de la inversión), y se convirtiera en una superestructura de naturaleza conflictiva, o paralizadora de las labores administrativas, se le instituyó como entidad fiscalizadora de los ingresos y gastos del Tesoro. Para que cumpliera correctamente esta función, la Ley 58 de 1946, entre otras, ha autorizado al Contralor para glosar aquellos gastos que carezcan de base legal, lo cual quiere significar que la única función de esa entidad en relación con tales gastos es la de averiguar y comprobar que se encuentran autorizados por la ley. De esta suerte se respeta la facultad ordenadora de la administración y se impide que el organismo simplemente fiscal se inmiscuya en aspectos o cuestiones de índole administrativa cuya consideración y solución compete a la misma administración".

"Pero por otra parte, guardando los principios consignados en el Decreto 911 de 1932 y la doctrina transcrita, se mantiene consecuencia con el ordenamiento constitucional y legal del país en cuanto a competencias de las distintas ramas del poder. Pues, de una parte la administración aplica la ley decidiendo sobre situaciones particulares, negando u otorgando derechos, y la justicia contencioso administrativa juzga la legalidad de los mismos. Este último aspecto no está en modo alguno reservado a la administración cuya función normal culmina con el acto a través del cual resuelve el último recurso previsible sobre el derecho discutido, sin que le sea dado, a partir de entonces, más que el cumplimiento de su propio acto o la sujeción a lo que sobre él decida el poder judicial. Si se advierte que la Contraloría General de la Nación, no obstante su importancia e independencia, es parte de la administración, y no es por modo alguno superior jerárquico del poder ejecutivo, se viene en conclusión de que su representante

tampoco puede, so pretexto de defender la juridicidad, asumir funciones que la Constitución no le atribuye. De no ser cierto lo anterior, hay que concluir, por el contrario, y contra la evidencia legal, que en Colombia hay dos sistemas de control de la legalidad de los actos de la administración en el orden nacional. El que conforme a la Constitución y a la Ley 167 de 1941 ejerce el Consejo de Estado y el que, según la sentencia, puede ejercer el mismo Contralor para impedir su cumplimiento. Pero habría que convenir también en que este sistema echa por tierra la necesidad y la importancia de la institución jurisdiccional del Consejo de Estado. Y es para defender estos principios jurídicos, vitales para la buena marcha de la administración y esenciales a una organización democrática, por lo que me aparto del fallo".

A lo cual puede agregarse de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 58 de 1946: "El Contralor General se abstendrá de refrendar giros que ordenen gastos que no estén autorizados por la ley, pero si el ordenador insiste, el gasto se verificará bajo la responsabilidad personal del mismo ordenador a quien se harán las glosas correspondientes".

En resumen:

a) La disposición del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene aplicación en el caso a que se refiere la consulta;

b) De conformidad con la doctrina consagrada en el artículo 16 del citado Código, la disposición de la Ley 4ª de 1966, produce efecto general inmediato pero no tiene efecto retroactivo;

c) A la Contraloría General de la República no le corresponde ejercer funciones que son propias de la jurisdicción contencioso administrativa sino sólo las indicadas en el artículo 10 de la Ley 58 de 1946, antes transcrito.

En los términos anteriores queda resuelta la consulta.

Guillermo González Charry, Alejandro Domínguez Molina, Alberto Hernández Mora, Alberto Zuleta Angel.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE AGRICULTURA

EXPROPIACIONES.— Hechas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Procedimiento a seguir.— **Si la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá tiene expresa facultad legal para expropiar bienes con destino a finalidades que hayan sido legalmente declaradas de interés público o social, puede proceder así teniendo en cuenta la finalidad de la expropiación: a) Si se trata de construir vías de comunicación y de adquirir fajas o zonas de terreno rurales de 100 hectáreas y de $ 20.000.00 de precio según avalúo catastral realizado legalmente, y vigente, el procedimiento de indemnización se regirá por lo dispuesto en el Decreto 2895 de 1963; b) Si se trata de la misma finalidad anterior pero de fajas o zonas menores de la extensión y precio mencionados, debe aplicarse supletoriamente el Decreto 407 de 1949, es decir, que deberá consignar el valor del avalúo catastral hecho legalmente y vigente, más un 20% del mismo; y c) Si se trata de ocupar zonas de terrenos baldíos mejoradas por sus respectivos poseedores o adjudicatarios, puede proceder según las reglas del Decreto 547 de 1947, en cuanto no está obligada a pagar indemnización por el terreno mismo sino sólo por dichas mejoras avaluadas como se ha dicho.**

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Guillermo González Charry**).

El señor Ministro de Agricultura, en oficio fechado de 3 de junio del corriente año y señalado con el número 4993, ha formulado a esta Sala la siguiente consulta:

"I. Valor de adquisiciones por la energía eléctrica

1º. El patrimonio de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es aportado totalmente por el Distrito Especial de Bogotá.

Según lo dispuesto por la Ley 135 de 1959, artículos 1º y 4º (criterio seguido por muchas otras disposiciones, vr. gr. el Decreto 2908 de 1960), la Empresa sería de derecho público.

Pero, además, el Decreto 3133 de 1969, ratificó expresamente ese carácter.

2º El Decreto 2895 de 1963, expedido en uso de facultades extraordinarias por el Gobierno Nacional estableció que las entidades de derecho público no pueden adquirir por negociación voluntaria o expropiación, predios rurales de más de 100 hectáreas de extensión o más de $ 20.000.00 de avalúo, por valores (precio o indemnización), superiores a los avalúos catastrales llevados a cabo tal como en el decreto se dice; igualmente ordenó que, en los juicios de expropiación, los peritos no pueden avaluar dichos predios ni el juez aprobar avalúos por valores superiores a esos avalúos.

3º El Decreto 547 de 1947, estableció en su artículo 15:

'En lo sucesivo, no habrá lugar a indemnización contra la Nación, departamento o municipios, por razón de las fajas de terreno que utilicen para sus vías públicas y que atraviesan terrenos baldíos mejorados o adjudicados, salvo el valor de las mejoras a que hubiere lugar, hecha la compensación con la posible valorización que hubiere beneficiado al predio, de conformidad con el artículo 268 de la Ley 167 de 1941".

4º Se pregunta:

A. Las normas del Decreto 2895 de 1963 son aplicables a las adquisiciones de predios rústicos —por negociación directa o por expropiación— que haga la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá?

B. Es aplicable a las adquisiciones que haga la Energía Eléctrica de Bogotá la norma del artículo 15 del Decreto 547 de 1947?

II. Consignación y entrega de la indemnización

1º El Decreto 407 de 1949, también expedido en uso de facultades extraordinarias estableció (artículo 15 a 17) que cuando en las demandas de expropiación se pide la entrega del bien, se consigne por el demandante el valor del avalúo catastral y un 20% más, suma que será entregada al demandado, quien firmará una diligencia en que se obligue a devolver el excedente, si lo hubiere.

2º Se pregunta:

Las disposiciones del Decreto 407 de 1949 según las cuales ha de entregarse una suma mayor a la que permite pagar como indemnización al Decreto 2895 de 1963 son aplicables aún?

Concretamente, en el caso de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá son aplicables?

Y en consecuencia: Basta con que la Empresa consigne el valor del avalúo catastral vigente y que éste le sea entregado al demandado para que el juez decrete la entrega de la finca?"

Para resolver, la Sala tiene en cuenta

El Decreto extraordinario número 2895 de 1963, fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que

le fueron otorgadas por el artículo 1º ordinal 5º de la Ley 21 de 1963, que dice:

"Fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y establecer normas tendientes a lograr un sistema efectivo para que los avalúos de los bienes inmuebles se ajusten, a la mayor brevedad posible, al valor comercial de dichos bienes. Mientras el Instituto Geográfico Agustín Codazzi reajuste comercialmente los catastros urbanos y rurales, facúltase al Gobierno para elevar un 10% el valor de éstos".

La anterior facultad, como las restantes a que se refiere la ley mencionada, se dieron con el objeto "de buscar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; de proveer los recursos necesarios para la ejecución del plan de desarrollo económico y social, y de reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, inclusive los establecimientos públicos y los institutos descentralizados autónomos"; pero sin suprimir el servicio civil ni la carrera administrativa.

El citado Decreto 2895, en su artículo 10 derogó, por modo expreso, los artículos 1º y 2º del Decreto 1904 de 1962 y el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 20 de 1959, que se referían en primer lugar a programas de parcelación rural, y además a que la adquisición de lotes para dicho objeto mediante el sistema de expropiación, se indemnizara hasta con un sobreprecio igual al 30% del avalúo catastral vigente en 31 de diciembre del año anterior a la iniciación del juicio. Esta medida derogatoria comienza a marcar un derrotero en el criterio del legislador, enderezado a buscar un equilibrio entre el precio comercial de los bienes inmuebles urbanos y rurales y el avalúo catastral de los mismos, para establecer reglas impositivas técnicas y justas.

De otro lado el ordinal b) artículo 1º del Decreto extraordinario 2895 de 1963 señala entre los efectos del nuevo sistema de avalúos catastrales que éstos se tomarán como valor de la indemnización para el propietario o poseedor de un bien expropiado, agregando que, "de consiguiente en ese caso no habrá lugar a avalúo especial dentro de las respectivas diligencias de expropiación". Esta norma, en términos generales, parece acomodarse al criterio antes indicado y por lo mismo, incluir una modificación implícita a las disposiciones del Decreto 407 de 1949 que le es anterior. Sin embargo el mismo decreto, entre las excepciones que señala a la regla antedicha, contempla dos casos en los cuales es posible un nuevo avalúo pericial del bien que va a ser expropiado, a saber: a) Cuando con posterioridad al nuevo avalúo se han hecho por el propietario o poseedor mejoras de carácter permanente; y b) Cuando se trata de inmuebles rurales cuya extensión, sea inferior a 100 hectáreas o a $ 20.000.00 de precio. En este último caso nada se dice sobre el procedimiento a seguir, y ante tal silencio la Sala opina que debe darse aplicación excepcionalmente a lo dispuesto por el Decreto 407 de 1949 que permite pagar una indemnización igual a un 20% más del avalúo catastral, y esto porque aunque el tal decreto no se refiere a predios rústicos para planes de parcelación sino a expropiaciones relacionadas con aguas del uso público y aprovechamiento de las mismas, es la única norma que existe sobre la materia y que debería ser aplicada en su carácter de norma supletoria. Obsérvese, en efecto, que los artículos 1º, 2º y 12 de este decreto señalan muy con-

cretamente sus objetivos y para ellos declara de utilidad pública e interés social los bienes y derechos particulares que se consideren necesarios. Y que además el artículo 17, en concordancia con el 15, establecen un sistema de indemnización que no es de carácter general sino exclusivamente limitado a los objetivos indicados. Pero, se repite, como el Decreto 2895 de 1963, guarda silencio respecto de predios relativamente pequeños o de poco valor en cuanto al modo de fijar su indemnización en caso de ser expropiados, es por esto por lo que la Sala estima que el Decreto 407 puede ser aplicado.

En cuanto al Decreto 547 de 1947, también anterior al Decreto extraordinario 2895 de 1963, se refiere a una materia no tratada por éste, o sea a "terrenos baldíos mejorados o adjudicados", y por lo mismo es lógico que libere a la Nación, a los departamentos y a los municipios de cualquier indemnización por las fajas de terreno que deban utilizar para sus vías públicas, excepción hecha del valor de las mejoras del poseedor o adjudicatario, el cual puede ser compensado con la posible valorización con que el predio resulte beneficiado. Pero en estos casos el avalúo de tales mejoras debe hacerse siguiendo las reglas del decreto tantas veces citado, es decir por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y por un valor que consulte la realidad comercial de aquéllas.

La Consulta no concreta su objeto, o sea que la Sala ignora la finalidad que persigue la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá con la presunta expropiación que plantea.

Por lo anterior las conclusiones de la Sala son las siguientes:

1ª Si la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá tiene expresa facultad legal para expropiar bienes con destino a finalidades que hayan sido legalmente declaradas de interés público o social, puede proceder así, teniendo en cuenta la finalidad de la expropiación:

a) Si se trata de construir vías de comunicación y de adquirir fajas o zonas de terreno rurales de 100 hectáreas y de $ 20.000.00 de precio según avalúo catastral realizado legalmente, y vigente, el procedimiento de indemnización se regirá por lo dispuesto en el Decreto 2895 de 1963;

b) Si se trata de la misma finalidad anterior pero de fajas o zonas menores de la extensión y precio mencionados, debe aplicarse supletoriamente el Decreto 407 de 1949, es decir, que deberá consignar el valor del avalúo catastral hecho legalmente y vigente, más un 20% del mismo; y

c) Si se trata de ocupar zonas de terrenos baldíos mejoradas por sus respectivos poseedores o adjudicatarios, puede proceder según las reglas del Decreto 547 de 1947, en cuanto no está obligada a pagar indemnización por el terreno mismo sino sólo por dichas mejoras avaluadas como se deja dicho.

Atentamente,

Guillermo González Charry, Alejandro Domínguez Molina, Alberto Hernández Mora, Alberto Zuleta Angel.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE GOBIERNO

CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES.— Para la elección de senadores y representantes en las intendencias y comisarías. **El acto legislativo número 1 de 1968 no modificó las circunscripciones electorales para la elección de senadores, pues se limitó a crear con las intendencias y comisarías circunscripciones electorales independientes de los departamentos para la elección de representantes.**

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

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

El señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala, la consulta cuyo contenido es el siguiente:

"El artículo 51 del acto legislativo número 1 de 1968, que sustituyó el artículo 177 de la Carta, es del siguiente tenor:

"Cada departamento constituirá una circunscripción para la elección de representantes.

"Créanse, además, las siguientes circunscripciones electorales: la de San Andrés y Providencia, capital San Andrés; la del Caquetá y Amazonas, capital Florencia; la del Putumayo, capital Mocoa; la del Arauca, Vichada, Vaupés y Guainía, capital Arauca.

"A su turno el inciso 2º del parágrafo transitorio del artículo 26 del referido acto legislativo, sustitutivo del 99 de la Constitución Nacional preceptúa; las circunscripciones electorales a que se refiere el inciso 2º del artículo 177, elegirán representantes a la Cámara así: Caquetá y Amazonas 2; Putumayo 2; San Andrés y Providencia 1; Arauca, Vichada, Vaupés y Guainía 1.

"Algunos sostienen que la primera de las normas precitadas dio a los territorios indicados en su inciso 2º la facultad de elegir, en forma separada de los departamentos, tanto senadores como representantes. Otros, por el contrario, relacionándolos con el inciso del parágrafo transcrito afirman que sólo modificó las circunscripciones electorales de la honorable Cámara de Representantes, subsistiendo las circunscripciones existentes antes de la vigencia de la reforma constitucional para elegir senadores de la República.

"En consideración a los precedentes y contrarios puntos de vista, he considerado aconsejable y necesario solicitar, con toda atención el autorizado concepto de esa honorable Sala sobre el particular".

Para absolver la consulta,

La Sala considera

Disponía el acto legislativo número 1 de 1930 que "cada departamento constituirá una circunscripción senatorial" (artículo 3º), que "la ley agregará a las circunscripciones electorales el territorio de las intendencias y comisarías" (Art. 4º) y que "cada departamento constituirá una circunscripción para la elección de representantes". (Parágrafo, artículo 5º).

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4º que se deja mencionado, al establecerse la división territorial electoral mediante el Decreto 713 de 1931, para la elección de representantes, se agregó la Intendencia de San Andrés y Providencia a la circunscripción electoral de Bolívar, la Comisaría de La Guajira a la Circunscripción Electoral del Magdalena, la Comisaría de Arauca a la Circunscripción de Boyacá, la Intendencia del Meta y las Comisarías del Vichada y Vaupés a la Circunscripción de Cundinamarca, la Comisaría del Caquetá a la Circunscripción del Huila y la Comisaría del Putumayo a la Circunscripción de Nariño. Y mediante la Ley 7ª de 1932 (Art. 8º) se dispuso para la elección de senadores, agregar las intendencias y comisarías a las mismas circunscripciones a que pertenecían para la elección de Representantes.

El citado artículo 4º del acto legislativo número 1 de 1930 fue expresamente derogado por el artículo 34 del acto legislativo número 1 de 1936, pero en este mismo acto legislativo se dispuso:

"Las intendencias y comisarías quedan bajo la inmediata administración del Gobierno, y corresponde al legislador proveer a la organización y a la división administrativa de ellas.

"La ley puede crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso administrativa" (Art. 2º).

Vigente esta norma, mediante el Decreto 325 de 1941 se mantuvo la división territorial electoral establecida en el Decreto 713 de 1931, para la elección de Representantes a la Cámara y se dispuso por el artículo 17 de la Ley 2ª de 1943 que "mientras la elección de Senadores corresponda a las Asambleas Departamentales, la población de las Intendencias y Comisarías queda agregada a la de los Departamentos para formar las respectivas Circunscripciones Senatoriales, así: a la de Antioquia, la de la Intendencia del Chocó; a la de Bolívar, la de la Intendencia de San Andrés y Providencia; a la del Magdalena, la de la Comisaría de la Guajira; a la de Nariño, la de la Comisaría del Putumayo; a la de Boyacá, la de la Comisaría de Arauca; a la del Huila, la de las Comisarías del Amazonas y Caquetá; y en la de Cundinamarca, la de la Intendencia del Meta y las Comisarías del Vichada y Vaupés".

El acto legislativo número 1 de 1945 en su artículo 1º que correspondió al 5º de la Codificación, reprodujo con pequeñas variantes de redacción lo que había dispuesto el acto legislativo de 1936 sobre administración, organización administrativa, electoral, judicial y contencioso administrativa de las Intendencias y Comisarías y, como en su artículo 76 que correspondía al 171 de la Codificación, dispuso ya que no fueran las Asambleas Departamentales sino todos los ciudadanos colombianos los que eligieran directamente los Senadores de la República, se dictó por el Gobierno Nacional, con concepto favorable del Consejo de Estado, el Decreto 315 de 1947, según el cual fueron agregadas, para la elección de Senadores, las Intendencias y Comisarías a las mismas Circunscripciones Electorales a que había sido agregada su población por el artículo 17 de la Ley 2ª de 1943, mientras dicha elección se hacía por las Asambleas.

Posteriormente, mediante el Decreto extraordinario 1069 de 1950 se creó la Comisaría de Casanare y se dispuso que "dependía tanto en lo electoral como en lo judicial del Departamento de Boyacá" (Art. 5º). Por el Decreto extraordinario 051 de 1958 se crearon para la elección de Representantes a la Cámara, las Circunscripciones electorales del Meta y la Guajira disponiéndose que la primera estaría compuesta por los territorios de la Intendencia del Meta, de la Intendencia de Arauca y de las Comisarías Especiales del Vichada y del Vaupés, pero expresamente se dispuso en el mismo decreto que "para efecto de la elección de Senadores la población de los territorios nacionales continuará agregada a los Departamentos de acuerdo con las disposiciones vigentes".

Al crearse el Departamento del Meta por la Ley 118 de 1959, se creó la Circunscripción Electoral del Meta con el territorio del mismo Departamento y los de la Intendencia de Arauca y de las Comisarías del Vichada y del Vaupés. Y más adelante mediante la Ley 105 de 1960, se dispuso:

"Artículo 10. La Intendencia de la Guajira continúa constituyendo una Circunscripción Electoral con facultad para elegir los Representantes a la Cámara y el Consejo Intendencial. Parágrafo. Para los efectos de la elección de Senadores. la Intendencia de la Guajira formará una misma Circunscripción Electoral con el Departamento del Magdalena.

"Artículo 11. Créase la Circunscripción Electoral del Caquetá, formada por los territorios de la Intendencia Nacional del Caquetá y de la Comisaría del Amazonas, con derecho a elegir dos Representantes de distinta filiación política, si el censo de la población del año de 1961 le otorga el número de habitantes requerido por la Constitución. pero en el caso de no efectuarse el censo se tendrá como base el cálculo probable de población para ese mismo año, según el dato que posea el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Parágrafo. En lo que respecta a la elección de Senadores. la Circunscripción Electoral del Caquetá continuará agregada a la Circunscripción electoral del Departamento del Huila".

De la relación anterior se deduce que desde el año de 1930, por disposición expresa del acto legislativo de dicho año y, después, por virtud de los actos legislativos de 1936 y de 1945, los territorios de las

Intendencias y Comisarías fueron agregados para la elección de Senadores y Representantes a las Circunscripciones electorales en que ha estado dividido el territorio nacional. Igualmente resulta que a partir del acto legislativo número 1 de 1945 que repitió lo dispuesto por el acto legislativo de 1936 sobre organización electoral de aquellos territorios, el legislador pudo crear circunscripciones electorales independientes, para la elección de Representantes, de Comisarías como La Guajira, de Intendencias como el Meta y Caquetá, bien solas o agrupando varias, pero en todos los casos manteniéndolas agregadas a Departamentos para la elección de Senadores.

Mas, vino el acto legislativo número 1 de 1968 y aunque en el inciso primero de su artículo 3º que reemplazó al 6º de la Codificación, mantuvo la norma de que corresponde al legislador proveer a la organización administrativa, electoral, judicial y contencioso administrativa de las Intendencias y Comisarías, dispuso en el artículo 51 que sustituyó el artículo 177 de la Codificación:

"Cada Departamento constituirá una circunscripción para la elección de Representantes. Créanse, además, las siguientes circunscripciones electorales: la de San Andrés y Providencia, capital San Andrés; la del Caquetá y Amazonas, capital Florencia; la del Putumayo, capital Mocoa; la de Arauca, Vichada, Vaupés y Guainía, capital Arauca".

Y el artículo 26 que sustituyó al 99 de la Codificación, después de determinar el número de Representantes que puede elegir cada Departamento, dispuso en Parágrafo Transitorio: "En las elecciones que se efectúen en 1970, se elegirá el mismo número de Representantes que hoy tiene cada Departamento. Las circunscripciones electorales a que se refiere el inciso 2º del artículo 177, elegirá Representantes a la Cámara así: Caquetá y Amazonas 2, Putumayo 2, San Andrés y Providencia 1, Arauca, Vichada, Vaupés y Guainía 1".

Quieren decir las disposiciones anteriores que el Constituyente de 1968 no dejó ya a la ley el proveer a la organización electoral de las Intendencias y Comisarías, en cuanto a la elección de Representantes, como venía haciéndose de acuerdo con los actos legislativos de 1936 y 1945 y hubiera podido seguir haciéndose según el artículo 3º del nuevo acto legislativo de aquel año, sino que en forma directa y expresa creó de las Intendencias y Comisarías circunscripciones electorales para tal elección, pero, como nada dispuso sobre la organización electoral de tales territorios, respecto a la elección de Senadores lógicamente hay que concluir que para elegir a éstos, subsisten las disposiciones legales que sobre el particular se encontraban vigentes cuando se expidió la reforma, pues fueron dictadas con base en la facultad que sobre organización electoral de las Intendencias y Comisarías gozaba el legislador desde los actos legislativos de 1936 y 1945, facultad que, como se ha dejado dicho, conserva el nuevo acto legislativo de 1968.

En resumen: Si subsiste como es evidente la facultad para el legislador de proveer a la organización electoral de las Intendencias y Comisarías, subsisten igualmente las disposiciones dictadas por él en lo referente a la elección de Senadores por los habitantes de dichos territorios. El hecho de que el constituyente haya creado directamente

con tales territorios circunscripciones electorales independientes de los Departamentos para la elección de Representantes, lo que significa es que ya el legislador no puede ejercer aquella facultad en la organización electoral de las Intendencias y Comisarías para elegir Representantes a la Cámara, o dicho en otros términos, el legislador no puede hoy, por impedírselo el artículo 177 de la Constitución formar circunscripciones electorales con las Intendencias y Comisarías agregándolas a los Departamentos, para la elección de Representantes a la Cámara, pero sí puede hacerlo para la elección de Senadores con base en la referida facultad que está en vigencia desde el año de 1936.

En consecuencia, el Acto Reformatorio de 1968 no modificó las Circunscripciones Electorales para la Elección de Senadores, pues se limitó a crear con las Intendencias y Comisarías circunscripciones electorales independientes de los Departamentos para la elección de Representantes.

En los términos anteriores absuelve la Sala la consulta en mención y, dispone, en consecuencia que se transcriba al señor Ministro de Gobierno.

Guillermo González Charry, Alejandro Domínguez Molina, Alberto Hernández Mora, Luis Carlos Sáchica.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

COMERCIO DEL ORO.— Alcance que en el sistema legal de cambios tiene la facultad del Banco de la República para pagar con divisas parte del oro que compre.

Autorización dada a las empresas extranjeras productoras de oro para remesar al exterior las divisas que reciban en la venta de oro, previa licencia de cambios, y prohibición de conceder licencias adicionales a estas empresas para atender pagos en moneda extranjera.

Facultades de la Oficina de Cambios para conceder licencias a las empresas mineras extranjeras que extraen oro en el país.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., septiembre 15 de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Alberto Hernández Mora).**

Concepto: **El comercio de oro y su régimen de cambios internacionales.**

(Decreto-ley 444 de 1967, Resolución 17 de 1967 de la Junta Monetaria).

I. Antecedentes legislativos

Reseña histórica del control de cambios y del comercio de oro en Colombia.

a) Libertad absoluta
1923 - 1931

b) Control de Cambios Internacionales y Monopolio del Comercio de oro.
1931 - 1953

c) Libertad del comercio y de la exportación de oro - libre negociación de divisas (hasta 1957).
1953 - 1966

d) Nuevamente el monopolio del comercio y de la exportación de oro.
1966 (estado actual)

Criterios predominantes en la legislación.

II. Consideraciones de la Sala

—A—

Contenido Jurídico de la Consulta.

—B—

Alcance que en el sistema legal de cambios tiene la facultad del Banco de la República para pagar con divisas parte del oro que compre.

Autorización dada a las empresas extranjeras productoras de oro para remesar al exterior las divisas que reciban en la venta de oro, previa licencia de cambios, y prohibición de conceder licencias adicionales a estas empresas para atender pagos en moneda extranjera.

Facultades de la Oficina de Cambios para conceder licencias a las empresas mineras extranjeras que extraen oro en el país.

Prelación de normas en el estatuto y órbita propia del artículo 38 como disposición especial.

Consideraciones finales.

Conclusiones.

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

(Consejero ponente: **Doctor Alberto Hernández Mora**).

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

"Con el objeto de esclarecer algunos puntos contradictorios que han surgido de la aplicación de disposiciones del Estatuto Cambiario relativo al régimen de inversiones extranjeras para la industria extractiva del oro, me permito elevar ante esa corporación la siguiente consulta, con la seguridad de que de la interpretación que se sirva dar ese cuerpo consultivo, resultará una aplicación justa y jurídica de las normas legales controvertidas.

I. Régimen legal

A raíz de la expedición del Decreto-ley 444 de 1967 se estableció un régimen legal para la industria de la minería del oro basado en las siguientes normas:

El artículo 38 del Decreto-ley 444 de 1967 faculta a la Junta Monetaria para reglamentar la forma como el Banco de la República comprará el oro producido en el país y podrá pagar parte de él con divisas.

El inciso segundo del mismo artículo establece que las empresas productoras de oro podrán remesar al exterior previa licencia de cambio

y por conducto del Banco de la República la parte pagadera por éste en divisas, sin que haya lugar a obtener adicionalmente licencias de cambio para el reembolso de capitales, la transferencia de utilidades y el pago de gastos en moneda extranjera.

En desarrollo de la facultad anterior la Junta Monetaria por Resolución 17 de 1967, ha señalado hasta un 50% el porcentaje pagadero en dólares del oro vendido al Banco de la República. Por su parte los artículos 159 y 160 del Estatuto Cambiario establecen en su inciso final que los reembolsos de capital y las transferencias de utilidades correspondientes a inversiones extranjeras en minería, se harían con arreglo al régimen general de inversiones extranjeras. En el artículo siguiente dispone que los capitales extranjeros destinados a esta industria, en cualquier forma que sea, deberán registrarse en la Oficina de Cambios.

Consagra además el Estatuto Cambiario la obligación de registro general de capitales extranjeros en capítulo separado dedicando al régimen general de capitales (Art. 113) y en su artículo 115, que se refiere a los derechos que otorga el registro, menciona el de remesar utilidades al exterior dentro de los límites previstos y el de reembolsar el principal hasta la cuantía efectivamente importada.

El Consejo Nacional de Política Económica, en uso de las facultades que le confiere el artículo 116 del Decreto 444 de 1967, ha señalado con carácter general en 14% el porcentaje máximo de derecho de giro al exterior, por concepto de utilidades de los capitales extranjeros invertidos en el país.

II. Tratamiento cambiario posterior al Estatuto

Hasta el mes de diciembre de 1968 las empresas extranjeras dedicadas a este ramo de la minería venían girando al exterior la totalidad del 50% del valor del oro producido en el país y vendido al Banco de la República en moneda extranjera. Estos giros, como el Estatuto lo establece en el artículo 38, correspondieron a reembolsos de capital, transferencia de utilidades y gastos en moneda extranjera.

Sin embargo ha sido imposible establecer la proporción que del 50% del oro pagadero en dólares y girables al exterior, corresponde a los conceptos anteriormente enunciados, debido a que por tratarse de inversiones traídas al país desde principios de este siglo y aun a finales del pasado, el registro de las mismas no ha podido cumplirse y por consiguiente no se conoce el elemento básico para cuantificar el monto de utilidades y remesas de capital que puede girarse al exterior, y para establecer si al autorizar licencias de cambio por el 50% del oro pagadero en divisas, se sobrepasa el límite de utilidades que señala la resolución del Consejo de Política Económica.

Por tales razones las autoridades cambiarias resolvieron suspender la expedición de licencias de cambio correspondientes a giros de utilidades y amortización de capital, hasta tanto no se hayan registrado las inversiones foráneas en empresas productoras de oro.

Además de remitir para estudio de esa corporación los documentos que sustentan las tesis a favor y en contra de la remesa ilimitada

de utilidades por parte de las empresas mineras, nos permitimos presentar a continuación una síntesis del problema:

1º Posición de las autoridades cambiarias

Las entidades encargadas de aplicar la ley cambiaria, en particular la Oficina de Cambios y la Junta Asesora del ramo, estiman que el 50% del valor del oro pagadero en dólares por el Banco de la República puede girarse al exterior previa licencia de cambio para los siguientes casos:

a) Pago de impuestos en el exterior;

b) Prestación de servicios y gastos similares;

c) Importación de equipos;

d) Reembolso de capital debidamente registrado; y

e) Giro de utilidades con la limitación del 14% anual que establece el Consejo Nacional de Política Económica.

Sobre los gastos referidos en los puntos a), b) y c) que anteceden no existe controversia alguna. Sin embargo para los pagos al exterior por concepto de reembolso de capital y giro de utilidades, la autoridad cambiaria ha interpretado que de conformidad con el artículo 159 del Decreto-ley 444 de 1967 estos giros deben efectuarse con arreglo al régimen general de inversiones, es decir, requieren ser registrados y su remesa por concepto de utilidades está limitada al 14%, pues si bien las disposiciones del artículo 38 del Estatuto Cambiario tienen carácter especial, deben armonizarse con lo preceptuado en los artículos 159 y 160 del mencionado estatuto que hacen extensivo a las empresas dedicadas a la extracción del oro, el régimen general de inversiones extranjeras.

2º Posición de las empresas productoras de oro

En contraposición de la tesis anterior, las industrias extractivas de oro sostienen que el artículo 38 del Decreto 444 de 1967 tiene carácter especial al regular en forma específica el comercio del oro y por consiguiente debe entenderse que en virtud de sus disposiciones, tácitamente se está autorizando la remesa al exterior de la totalidad del oro pagadero en dólares sin limitación alguna, es decir, sin que haya lugar al tope en el giro de utilidades. Entienden además que el registro establecido en el artículo 160 del Estatuto Cambiario se efectúa únicamente con fines estadísticos, es decir, para que el país conozca su pasivo externo pero no para establecer el valor neto que da derecho a la remesa y al reembolso de capital.

Agregan las compañías mineras que este ha sido el procedimiento tradicional de excepción aplicable a la industria del oro precisamente por tratarse de una actividad cuyo comercio está limitado. Por otra parte, argumentan que dada la antigüedad de las inversiones, se hace casi imposible comprobar el origen extranjero del capital.

Medidas adoptadas por las autoridades cambiarias

Por estimar que el contenido de las disposiciones legales pertinentes se desprende que es requisito indispensable haber registrado en la Oficina de Cambios el capital importado, esta oficina adoptó las siguientes medidas:

a) Suspender la expedición de licencias de cambio correspondientes al giro de utilidades y amortización de capital hasta tanto no se haya registrado la inversión extranjera en empresas productoras de oro;

b) Continuar expidiendo las licencias de cambio correspondientes a giros en moneda extranjera, por conceptos diferentes a los mencionados en el punto anterior;

c) Asimismo está estudiando dicha entidad la posibilidad de establecer fórmulas prácticas representadas por pruebas supletorias que sirvan de base para el registro de capitales y su consiguiente giro al exterior;

d) Aún en el evento de que se pueda efectuar el registro en los términos descritos, la remesa de dividendos queda sujeta al límite del 14% anual.

Puntos contradictorios objeto de esta consulta

En consideración a todo lo anterior, me permito solicitar muy atentamente al honorable Consejo de Estado se sirva hacer su pronunciamiento específicamente sobre los siguientes puntos materia de controversia:

1º Si el régimen general de inversiones extranjeras establecido por las normas cambiarias vigentes es aplicable también a las importaciones de capital efectuadas o que en el futuro se efectúen con destino a la industria dedicada a la extracción del oro.

2º Si es requisito indispensable para tener derecho a girar al exterior la remesa de utilidades y el reembolso de capital de la industria minera del oro, haber efectuado el registro del principal en la Oficina de Cambios.

3º Si el límite señalado por la Resolución Nº 7 de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica, para la remesa de utilidades provenientes de inversiones extranjeras, debe o no hacerse extensivo a los capitales descritos anteriormente".

El señor Ministro de Hacienda acompaña a la consulta transcrita, para información de la Sala, los siguientes documentos:

Anexo 1, sobre deliberaciones de la Junta Monetaria.

Anexo 2, sobre memoriales presentados por la Asociación Colombiana de Mineros.

Anexo 3, sobre conceptos de la Junta Asesora de Cambios y de la Oficina del ramo.

Anexo 4, Concepto de la Asesoría Jurídica del Departamento Nacional de Planeación.

Las encontradas interpretaciones del estatuto por parte de agencias del Gobierno, la distinta aplicación que se ha dado a las normas sobre comercio de oro por la Oficina de Cambios, la posición de las empresas mineras que pretenden acogerse a un régimen de excepción en materia de cambios internacionales que alegan se ha acordado tradicionalmente a la industria, están revelando la complejidad del problema sometido a la consideración de la Sala. Su examen exige un detenido estudio, el que resulta particularmente aconsejable en este caso iniciar con las investigaciones previas que le permitan a la Sala enfocar históricamente el origen y desenvolvimiento de la legislación, identificar sus principios rectores e ilustrar la interpretación de las normas del actual estatuto que han originado discrepancias con antecedentes jurisprudenciales o de práctica administrativa.

I

Algunos antecedentes sobre el comercio de oro

La historia contemporánea del comercio de oro, comienza con el implantamiento en el país de un banco central de emisión según los patronos de la banca de Inglaterra traídos a Colombia por la Misión Kenmerer en 1923, y se enmarca primero en los principios políticos del liberalismo económico y después de la gran crisis mundial del año 30, en los estrechos cauces de control del comercio exterior y del mercado de divisas internacionales, que la fragilidad de su economía y la versatilidad de las circunstancias impusieron desde entonces al país como técnica inexorable en el manejo de su moneda y de su sistema cambiario.

La reseña de las normas legales que desde la organización del Banco de la República han reglamentado el comercio de oro ofrece una importante fuente de información sobre el criterio que en estas materias ha orientado al legislador y a las autoridades monetarias y contribuye a precisar el alcance y la intención normativa de las disposiciones del estatuto vigente.

Distintas épocas pueden identificarse en los últimos 50 años.

a) Libertad absoluta — 1923-1931

La Ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República, según los conceptos incontrovertidos en su época, odoptó como pilar de nuestro sistema monetario el patrón de oro. Este nuevo establecimiento se organizó como un banco de emisión, giro, depósito y descuento, se le hizo la concesión exclusiva de emitir billetes por pesos oro y se estableció como encaje una existencia en oro equivalente al 60% del total de los billetes en circulación y los depósitos (Art. 18).

El Banco quedó autorizado para efectuar con el público en general "la compra y venta de oro amonedado o en barras" (Art. 14).

La misma ley dispuso (Art. 21).

"El representante legal del Gobierno consignará en el contrato por el cual el Banco quedó constituido legalmente, las siguientes obligaciones a cargo de la Nación:

a) Permitir al Banco el libre comercio de oro, con derecho para exportarlo o importarlo sin gravamen ni obstáculo. En caso de conmoción interior o exterior, el Gobierno y el Banco pueden acordar la suspensión temporal del libre comercio de oro".

Durante este período el comercio y la exportación de oro fue completamente libre, lo mismo que la importación y exportación de mercancías, la negociación de divisas extranjeras y el traslado de fondos al exterior.

b) Control de Cambios y Monopolio del oro — 1931-1953

La conmoción interior y exterior prevista en la Ley 25 de 1923 se presentó con caracteres dramáticos a raíz de la crisis mundial de 1930, lo que sucedió en el país lo relata el doctor Guillermo Torres García en su libro **"Historia de la Moneda en Colombia"**:

> "... A todo esto se agregaba un nuevo factor que el Ministro de Hacienda de entonces, señor Esteban Jaramillo, explica así en su "Memoria" al Congreso de 1934: 'De repente en la mañana del 4 de septiembre de aquel año (1931), el mundo financiero fue sorprendido por la noticia inesperada del decreto expedido por el gobierno inglés que suspendía indefinidamente la conversión por oro de la libra esterlina. La nueva medida tan extraordinaria y de tan grandes consecuencias en la vida financiera, no sólo de Inglaterra sino del mundo entero, se extendió por todas partes como una ola de desconfianza, de inseguridad y de pánico, que afectó profundamente los negocios y la actividad económica de los pueblos ya muy quebrantados por un largo período de malestar y depresión. El crédito, bajo todas sus formas, sufrió un nuevo y extraordinario golpe con aquella medida, todo el mundo se apresuró a ponerse a cubierto de la catástrofe, exigiendo el pago de lo que se le debía, y una verdadera pugna, sin precedentes en la historia del mundo, se declaró por todas partes para adquirir el único valor estable y libre de contingencias: el oro físico en barras o en monedas. Inmediatamente esta reacción se hizo sentir en Colombia. Las gentes se apresuraron a cambiar por oro los billetes del establecimiento emisor y a retirar de los bancos sus depósitos en ese metal, a tiempo que los acreedores extranjeros de los establecimientos de crédito colombianos cancelaban repentinamente los descubiertos que les habían concedido, y exigían con apremio, de manera brusca y sin consideración de ninguna clase, el pago de los saldos a su favor. Fue una verdadera guerra despiadada y sin cuartel contra la economía y las finanzas del país, una terrible amenaza al crédito y a las reservas metálicas del Banco de la República, todo lo cual constituía conmoción interna tan honda y amenazante como una revolución".

"La necesidad de atender nuestras reservas de oro y de impedir la exportación de capitales; continúa el doctor Torres García, el estado desfavorable de la balanza de pagos; la conveniencia de regular en alguna forma las importaciones y exportaciones y el hecho de haberse adoptado por algunos países el sistema llamado control de cambios internacionales, llevaron al Gobierno a dictar los Decretos números 1683 y 1871 de 24 de septiembre y 21 de octubre de 1931, respectivamente, por los cuales se suspendió el libre comercio de oro, se prohibió su exportación y se sometieron a determinadas normas todas las operaciones particulares de cambio internacionales".

El Decreto 1683 de 1931 suspende temporalmente el libre comercio de oro y prohibe su exportación exceptuando al Banco de la República (Art. 1º), establece el control de los cambios internacionales y del traslado de fondos al exterior (Art. 2º), centraliza en el Banco de la República y los establecimientos bancarios autorizados por éste la venta al público de cambios internacionales (Art. 6º), previa autorización de la Comisión de Control de Operaciones de Cambios, que se crea, (Art. 2º), y se dispone que "la compra de barras de oro que haga al Banco de la República se hará al mismo tipo de cambio fijado por éste para la compra de pesos por dólares" (Art. 6º).

Ese mismo año, otro decreto —2092 de 1931— precisa y complementa el sistema de control de cambios. Crea como dependencia del Banco de la República la Oficina de Control de Cambios y de Exportaciones, establece el registro de exportaciones para asegurar que las divisas que se originen se vendan al Banco de la República, y confirma como requisito indispensable para las compras de cambio exterior al Banco de la República el permiso previo de la Oficina de Control, que sólo podía otorgarlo "para fines económicamente necesarios", indicados en el propio decreto (Art. 5º).

Los decretos mencionados definen en la legislación del país los criterios predominantes que desde entonces han de orientar la acción oficial en el control del comercio del oro, de los cambios internacionales y del comercio exterior:

a) Monopolio del Estado por intermedio del Banco de la República del comercio de oro;

b) Control de las divisas extranjeras que originen las exportaciones;

c) Control de la compra de cambio exterior, para limitarla a "fines económicamente necesarios";

d) Autorización previa de la Oficina de Cambios para la compra de divisas en el Banco de la República;

e) Control de importaciones.

Dentro de estos preceptos generales se adoptan disposiciones concretas para controlar la producción y el comercio de oro en el país y se somete a las compañías mineras extranjeras a un régimen especial en cuanto a la concesión de divisas y al reembolso y retribución de capitales importados.

Decreto 703 de 1933

"Artículo 2º Todas las empresas mineras deberán obtener una autorización de la Junta de Control de Cambios y Exportaciones para continuar sus negocios, autorización que les será concedida mediante el compromiso de entregar todo el oro que produzcan a la Casa de la Moneda de Medellín, y la obligación de presentar, cuando la Junta lo solicite, sus libros y demás documentos que ésta estime necesarios para comprobar que todo el oro producido ha sido enviado a la Casa de la Moneda.

La Junta de Control concederá a las empresas mineras extranjeras licencia para que se les vendan giros por un porcentaje del valor del oro que entreguen en la cuantía que se estime equitativa".

Decreto 1140 de 1936

"Artículo 2º La exportación de capitales que se inviertan en la industria minera se regulará por el artículo 2º del Decreto 703 de 1933. En consecuencia los capitales extranjeros que se importen al país para ser invertidos en la explotación de minas de oro, no estarán amparados por las disposiciones contenidas en los Decretos 289 y 651 de 1935.

Decreto-ley número 326 de 1938

"Artículo 2º Toda operación o negociación en cambio internacional, requerirá el permiso previo y escrito de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones o de sus agentes, y ese permiso no se otorgará sino cuando tales operaciones se requieran para fines económicamente necesarios, constituyen fines económicamente necesarios, los siguientes:

... ...

d) Remesas permitidas a las empresas mineras constituidas con capital extranjero importado al país, en la proporción y con las condiciones de que trata el artículo 4º;

... ...

g) Remesas para reembolsar al exterior los capitales que se hayan importado al país a partir del 19 de febrero de 1935 al amparo del Decreto número 289 del mismo año o a los que se importen con posterioridad al presente decreto;

h) Remesas para pagar a accionistas extranjeros de compañías industriales, comerciales o agrícolas, domiciliadas en el exterior, dividendos por concepto de utilidades obtenidas desde el 1º de enero de 1936 en adelante, sobre los capitales extranjeros invertidos en Colombia, **previa comprobación de la importación de tales capitales y de las utilidades obtenidas**, por medio de los balances certificados de las referidas compañías y de los demás comprobantes que a juicio de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones fueren necesarios.

... ...

Artículo 4º De acuerdo con el artículo 2º del Decreto número 703 de 1933, la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones concederá

a las empresas mineras extranjeras que se ocupan en la extracción de oro en el país, **licencia para que se les vendan giros en moneda extranjera por un porcentaje del valor del oro que entreguen al Banco de la República o a las casas de moneda.** Las autorizaciones se concederán a las compañías mineras de capital extranjero que haya sido importado al país, no podrán exceder en ningún caso, y para la totalidad de sus necesidades, del 40% del valor de dicho oro, para estos fines se exigirá la previa comprobación de la necesidad del giro, y en todo caso, las compañías beneficiadas deberán acreditar la inversión que hubieren dado a estos giros en el exterior, y si así no lo hicieran, podrán serles negada toda nueva licencia que, con fundamento en la primera parte de este artículo, solicitaren.

Los giros así autorizados sólo podrán destinarse a la amortización de capitales introducidos por la compañía al país, al pago de intereses y dividendos decretados, al pago de empleados o juntas directivas de la empresa en el exterior, al pago de materiales o elementos importados a Colombia, **y en general, al pago de renglones indispensables para la marcha regular de la empresa**, sin que parte alguna de dichos giros pueda ser utilizada en el pago en el exterior, de sueldos de los empleados que trabajan en Colombia.

En estos términos queda reformado y adicionado el citado artículo.

Artículo 6º Como funciones inherentes a la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, fíjanse además de las señaladas por los decretos vigentes las siguientes:

a) Conceder licencias para compra de cambio internacional destinada a los fines económicamente necesarios de que tratan los artículos 2º y 3º del presente decreto fijando los requisitos que estimen convenientes para la concesión de tales licencias, determinando los comprobantes que deban presentarse para justificarlas y señalando los plazos dentro de los cuales deban utilizarse;

c) Conceder dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha en que se haga la aplicación correspondiente, las licencias para reintegros al exterior de capitales importados a que se refiere el parágrafo g) del artículo 2º, **previa comprobación de la importación del capital, su inversión y la liquidación de ésta.** Cuando el capital que se hubiere importado provenga de créditos en el exterior la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones otorgará las licencias de acuerdo con el respectivo contrato siempre que los interesados al efectuar la importación hayan puesto en conocimiento de la misma Oficina de Control las fechas de los vencimientos;

g) Fijar los plazos que se estimen convenientes para que las personas naturales o jurídicas que se ocupan dentro del territorio de la República en la extracción de oro, vayan al Banco de la República, a las casas de moneda, entreguen al oro extraído, so pena de incurrir en las sanciones de que trata el Decreto 1591 de 1937.

Comentando la implantación del control de cambios en 1931, y lo sucedido en los años siguientes, el Ministro de Hacienda Carlos Sanz de Santamaría, se expresa así:

"3. Como primera providencia, se prohibió el comercio de oro, interior y exterior. La única entidad que podía poseer el metal, importarlo y exportarlo, era el Banco de la República. A los particulares les estaba prohibido poseer oro, comprarlo, venderlo y naturalmente importarlo o exportarlo. Como principio general para este período, el oro en poder de particulares debía entregarse al Banco de la República.

4. El billete del Banco de la República dejó de ser convertible. Es decir, no existía por parte del Emisor la obligación de cambiarlo por oro, por monedas extranjeras o por giros sobre el exterior. Se operó la independencia entre el sistema monetario interno del país y el sistema monetario internacional, principio totalmente diferente al que rigió durante el período de 1923-1931.

5. Prohibición del comercio interior o exterior de monedas externas. A los particulares, como principio general, les quedó prohibido poseer, comprar o vender monedas extranjeras o giros representativos de éstas. El Banco de la República, como dice el artículo 5º del Decreto 1683 de 1931, será "la única entidad que puede comprar y a la cual se puede vender cambios internacionales". Todas las monedas extranjeras debían entregarse al Banco de la República y éste era el único que podría venderlas. Era el monopolio de las reservas totales del país en poder del Banco, quien a su vez sería el único que las podía vender. Terminó así el libre movimiento de capitales y la libertad de pagos que existió entre 1923-1931.

Conviene explicar un poco más este aspecto, que es esencial, en la configuración de un control de cambios. Al Gobierno, o a un delegado suyo, que para el caso de Colombia fue el Banco de la República, en un régimen de estricto control de cambios, es necesario entregar la totalidad de las divisas extranjeras que haya en el país y que éste produzca. Así, a partir de 1931 y hasta 1951, todas las ganancias en divisas extranjeras que hicieran los habitantes del país debían entregarlas al Banco, para que éste las convirtiera en pesos colombianos y las depositara en sus reservas. Las divisas extranjeras producidas por las exportaciones, por importación de capitales, las comisiones que ganaran los colombianos en dólares, el pago por las compañías extranjeras aseguradoras de siniestros ocurridos en Colombia y que se pagaran en dólares, los dólares u otras divisas extranjeras que se recibieran por cualquier concepto del exterior, aun por donación, etc., tenían que entregarse en un plazo no superior a setenta y dos horas al Banco de la República. Poseerlas por más tiempo constituía infracción a las leyes.

El Banco de la República podía venderlas a los particulares para sus pagos al exterior, siempre que se expidiera un permiso previo y escrito de la Oficina de Control de Cambios, entidad que con diversos nombres vino operando desde 1931. Esta Oficina de Control no expedía permiso sino cuando los interesados le demostraran que el pago al exterior se requería 'para fines económicamente necesarios y ya que para 1938, por Decreto 326 de ese

año, se enumeraron cuáles eran ellos..." (Memoria al Congreso Nacional 1963, pág. 156 ss.).

El alcance y entendimiento que en su aplicación se dio a las disposiciones de los decretos de 1931 y especialmente al 326 de 1938, se encuentra claramente explicado en actas de la Junta Consultiva de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones de entonces, de las que tomamos los siguientes apartes:

"El Jefe de la Oficina informa a la Junta que en desarrollo del artículo 4º del Decreto 326 de 1938 sobre las remesas de las Compañías Mineras, y para adoptar un procedimiento uniforme en los requisitos que deben exigirse para que acrediten la inversión del 40% que viene autorizándose a las compañías mineras de capital extranjero que trabajan en el país, dio las siguientes instrucciones a las Oficinas de Control de Cali y Medellín, instrucciones sobre las cuales la Junta manifiesta su conformidad.

"1º Como comprobación previa de la necesidad del giro puede aceptarse una certificación extendida por el Gerente o el Secretario de la Compañía y a falta de éste por el empleado más alto después del Gerente, en que se haga constar que la Compañía necesita remesar al exterior una cantidad determinada de moneda extranjera con el fin de aplicarla a los fines que se detallarán claramente en ese certificado. Los fines o necesidades que tenga la compañía deben ser los comprendidos en el artículo 4º del decreto citado, o sean amortización de capitales importados al país, pago de intereses o dividendos decretados, pago de empleados o juntas directivas en el exterior, pago de elementos o materiales importados a Colombia y, en general, para atender los renglones indispensables para la marcha regular de la empresa, excepción hecha del pago de empleados que trabajen en Colombia. Para cada remesa debe acompañarse una certificación separada que contenga todos los puntos indicados.

"2º Aceptado el certificado expedido en la forma dicha en el artículo anterior como comprobación de la necesidad del giro, con el fin de complementar ese certificado, junto con cada solicitud y separadamente para cada una, debe afirmar la empresa un compromiso en los formularios que se acompañan, en que se obliguen a presentar dentro de un plazo de 180 días los comprobantes que acrediten en qué se invirtieron las sumas autorizadas. Si al vencimiento de los 180 días no hubiere podido presentarse el comprobante de inversión, podrá concederse una prórroga igual, siempre que se compruebe la imposibilidad o dificultad en las inversiones a que los fondos estaban destinados.

"3º Las Oficinas de Control pueden aprobar solicitudes de los empleados de las Compañías Mineras extranjeras para remesar al exterior el sobrante de sus sueldos deducidos los gastos que deben hacer en el país, previo pago del impuesto de residentes. Para acreditar las sumas disponibles que tiene para remesar cada empleado, puede aceptarse una certificación en la forma indicada en el artículo 1º".

"Al mismo tiempo el Jefe de la Oficina da lectura a una nota de la Asociación Colombiana de Mineros en que solicita una aclaración sobre la forma de aplicación de las instrucciones que se transmitieron a las Oficinas de Cali, y Medellín, y de acuerdo con dichas observaciones de la Asociación de Mineros, la Junta resuelve que la comprobación de las inversiones del 40% queda aplazada en todos los casos hasta el día último de febrero, fecha en la cual las compañías deberán presentar una relación de los giros efectuados durante el año y los comprobantes completos sobre inversiones hechas, las que deben estar de acuerdo con el Decreto número 326 de 1938. Al efecto las compañías mineras deberán firmar sus compromisos de acuerdo con el siguiente formulario:

'Los suscritos..... mayores de edad y vecinos de..... hacemos constar por medio del presente compromiso lo siguiente:

1º La Empresa..... necesita girar al exterior la suma de ..... con el propósito de aplicarla a los siguientes fines; amortización de capital importado al país, pago de intereses o de dividendos decretados, pago de empleados o juntas directivas en el exterior, pago de elementos y materiales importados a Colombia, establecimiento de las reservas indicadas por las necesidades de la empresa y, en general, para atender a los renglones indispensables para la marcha regular de la empresa, excepción hecha del pago de empleados que trabajen en Colombia.

2º Que habiendo recibido de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, debidamente aprobada, la solicitud de cambios número....., por valor de ....., cuyo equivalente en moneda legal es de ....., nos obligamos con la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones a lo siguiente:

a) A invertir la moneda extranjera que se nos ha permitido remesar al exterior en los siguientes fines; amortización del capital importado al país bien directamente o por apropiación de las reservas indicadas por las necesidades de la empresa, pago de intereses o dividendos decretados, pago de empleados o juntas directivas en el exterior, pago de elementos o materiales importados a Colombia y, en general, para atender a los renglones indispensables para la marcha regular de la empresa, excepción hecha del pago de empleados que trabajen en Colombia;

b) A presentar antes del último día de febrero del próximo año una información completa de las inversiones a que han sido destinadas las sumas giradas conforme al punto a) anterior, acompañando dicha información de los comprobantes respectivos, que serán los siguientes: para pago de dividendos, con copia autorizada de la respectiva resolución de la Asamblea General de Accionistas y de los balances que demuestren los pagos efectuados; para pagos de maquinaria y elementos de explotación, en copias de las respectivas facturas y demás documentos de importación; pago de empleados o juntas directivas en el exterior, con una relación certificada de la misma empresa de los pagos hechos y de las demás inversiones, con copia de los balances que las demuestren;

c) A volver a traer al país consignándolo en el Banco de la República en una cuenta en la misma moneda en que se reinte-

gran estos fondos, cualquier exceso de los fondos remesados que no hayan sido utilizados para los fines de que se habla en el punto a) anterior de este compromiso, durante el presente año; y

d) Queda entendido que si la empresa no cumple con las obligaciones contraídas en este compromiso, podrá serle negada toda nueva licencia hasta tanto se dé cumplimiento a dichas obligaciones.

'(lugar y fecha) ...

(firma) ...

(firma) ...

Se da lectura a una comunicación del señor Arthur H. Taylor, de Medellín, relacionada con explotación de minerales. La Junta dispone que se conteste al señor Taylor en la siguiente forma:

"a) La compañía minera..., sociedad ordinaria de minas domiciliada en Medellín, podrá desarrollar sus negocios de minería cuando constituya en forma legal ante la Oficina de Control de Medellín el compromiso a que se refiere el artículo 2º del Decreto 703 de 1933, de acuerdo con las garantías y formalidades que el control de Medellín exija;

b) La Oficina de Control de Medellín concederá a la Compañía minera... licencia para introducir capital extranjero constituido por maquinaria y elementos por medio de licencias de importación en que se especifiquen las condiciones de esa importación, o sea su destino y forma como él se va a cubrir en el exterior. Para la importación de capital en moneda extranjera no se requiere licencia, siendo suficiente para éste y para el capital importado en elementos, que se presenten al control los comprobantes correspondientes;

c) Las maquinarias que se introduzcan para el montaje y la explotación de minerales se computarán como capital extranjero para los efectos de las licencias, siempre que su pago sea atendido con fondos situados en el exterior;

d) Tan pronto como se compruebe en la Oficina de Control la importación de capital extranjero se concederá la licencia para remesar al exterior una cuota parte del producto del oro que se entregue a la Casa de Moneda, que permita atender la amortización, dividendos e intereses de ese capital. Esta fijación sólo podrá ser hecha por la Junta con la presentación de los balances de la Compañía, **comprobantes de la importación del capital**, informes sobre firmas que lo hayan suministrado en el exterior, etc."

(Acta número 512, septiembre 10 de 1937).

"El Jefe de la Oficina manifiesta que el artículo 4º del Decreto 326 de 1938 ordena que las autorizaciones para las compañías mineras de capital extranjero no podrán exceder en ningún caso y para totalidad de sus necesidades del 40% del valor de dicho

oro. Manifiesta igualmente que algunas compañías están verificando remesas al exterior separadamente de las del 40% para cubrir sueldos en el exterior de empleados que trabajan en Colombia pagando en impuesto de residentes, y consulta a la Junta si las licencias del 40%, deberán disminuirse en una proporción equivalente al valor de los giros mensuales para el sostenimiento de familias de empleados, con el fin de que la remesa no exceda del porcentaje establecido por el Decreto 326. La Junta conceptúa que de acuerdo con el Decreto 326 de 1938, las compañías mineras extranjeras no pueden remesar en exceso del 40%, y por consiguiente las remesas deberán disminuirse en una proporción equivalente al valor de los giros mensuales para sostenimiento de familias en el exterior de los empleados que trabajan en Colombia".

(Acta número 555, junio 24 de 1938).

"Los señores doctores Eduardo Zuleta Angel, Jorge Restrepo Hoyos y Juan Molina R., de la Asociación Colombiana de Mineros, solicitan se reconsidere la disposición adoptada por la Junta en sesión anterior respecto a que las autorizaciones para las compañías mineras de capitales extranjeros no podrán exceder del 40% del oro que entreguen al Banco de la República o a las casas de moneda, computando dentro de ese 40% la cuota que se permite girar a los empleados extranjeros residentes en Colombia que trabajan en dichas compañías. Después de un atento estudio, la Junta considera que de conformidad con el Decreto 326 de 1938, artículo 4º, las remesas que se autorizan a las compañías mineras de capital extranjero que haya sido importado al país no podrán exceder en ningún caso y para la totalidad de sus necesidades, del 40% del oro que entreguen al Banco de la República o a las casas de moneda.

(Acta número 557, julio 8 de 1938).

"Se da lectura a una nota del doctor N. N. en la cual comunica los resultados del estudio que la ... ha hecho sobre el Decreto 326 de 1938, del que ha deducido esa entidad algunas dificultades para poder dedicar parte de las remesas hechas con el 40% sobre el oro que entregue a la Casa de Moneda o al Banco de la República, con el fin de aumentar los fondos de reserva de la compañía en el exterior. Considera la compañía que la imposibilidad para aumentar esos fondos de reserva puede causar un perjuicio en la misma explotación o disminuir la solidez que ha permitido hasta ahora a la empresa adelantar sus trabajos en el país sin la más leve dificultad económica. La Junta después de estudiar la solicitud del doctor N. N. resuelve autorizar a las compañías mineras para que inviertan la cantidad que consideren necesarias de las remesas del 40% al aumento de sus fondos de reserva, que constituyen una garantía para la vida misma de la empresa. La Junta entiende que esta autorización está en un todo de acuerdo con el Decreto 326 porque la constitución de fondos de reserva es, a más de una amortización de capitales introducidos al país, un renglón indispensable para la marcha regular de la compañía; por tanto, la formación de fondos de reserva está perfectamente prevista en el decreto mencionado".

(Acta número 553, junio 10 de 1938).

Más tarde, en 1949, el Decreto 175 aprobó la Resolución número 1 de ese año, de la Junta Directiva de la Oficina de Cambios, Importaciones y Exportaciones, que en su artículo 9º dice:

> "A las empresas mineras de capital extranjero que producen oro, plata y platino se concederán licencias al tipo oficial de cambio hasta por el 60% del valor de su producción con el fin de que atiendan al pago de maquinaria, repuestos, sueldos de técnicos extranjeros, dividendos y otros gastos similares.
>
> El monto de las licencias concedidas se deducirá proporcionalmente del valor de la producción correspondiente al mes o meses siguientes, y por el saldo de este valor, si lo hubiere, dichas empresas recibirán por el oro, certificados de cambio y por los demás metales, títulos en monedas extranjeras negociables en el Banco de la República u otro banco autorizado de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 90 de 1948. La Oficina de Control de Cambios pasará mensualmente al Banco de la República una relación de los giros autorizados a cada empresa minera de capital extranjero, en el mes inmediatamente anterior para efectos de las liquidaciones correspondientes".

b) Libre comercio del oro y libertad de negociar las divisas que originen su exportacion — 1953-1966.

En 1949, con el Decreto 2789 de ese año, aprobatorio de la Resolución número 16 de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios de Importaciones y Exportaciones, las autoridades monetarias comienzan a orientarse en un sentido diferente que culmina en 1953 con el restablecimiento del libre comercio de oro, la libertad de su exportación y la libre disponibilidad de las divisas que ésta generara.

La nueva etapa se extiende hasta 1966, año en que entra a regir el Decreto legislativo 2867 que nuevamente establece el monopolio del Estado en el comercio de oro.

La Resolución 16 de 1949 anteriormente citada, les permite a las empresas mineras de capital extranjero "utilizar hasta el 60% del valor en moneda extranjera de su producción en oro" para atender todos los gastos que en el exterior exija su actividad industrial (artículo 1º).

Para la entrega de estas divisas aún se requería la presentación de la licencia de cambios, pero a la Oficina de Control le era forzoso expedirla:

"El Banco de la República, dice la resolución citada, antes de entregar el cheque por moneda extranjera, exigirá la presentación de la licencia de cambio, que debe expedir la Oficina de Control de Cambios inmediatamente, con base en la liquidación de la barra hecha por el Banco".

Desaparecía la comprobación posterior del destino dado a los giros.

En marzo de 1951 el peso colombiano es nuevamente devaluado y se fija su cotización oficial a $ 2.50 por cada dólar.

Se entendió entonces que una cotización realista del peso permitirá atenuar o eliminar controles. El Decreto legislativo 637 de ese año sustituye la Oficina de Control de Cambios por una Oficina de Registro de Cambios, y las mercancías se dividen en dos grupos: de prohibida y de libre importación.

Con el Decreto legislativo 1901 de 1953 se opera el cambio radical de la legislación en materia de oro. Dispone el decreto:

"Artículo 1º Restablécese dentro del territorio nacional, el libre comercio de oro, lo mismo que la libertad de exportacion de este metal a precios de paridad, la cual podrá efectuarse sin otro requisito que su registro previo en la Oficina de Registro de Cambios.

Los exportadores de oro deberán depositar en el Banco de la República o en un banco autorizado las monedas extranjeras que sean producto de las exportaciones a que se refiere este artículo, las cuales podrán ser negociadas libremente, sin la obligación de venderlas ulteriormente, al Banco de la República.

Artículo 2º Las personas naturales, o jurídicas que explotan minas de oro deberán atender a todos lo gastos relacionados con tal explotación, que impliquen gastos en moneda extranjera, con el producto de las exportaciones del metal extraído. Por consiguiente, la Oficina de Registro de Cambios no autorizará remesas para el reembolso de las maquinarias, materias primas y demás elementos que tales personas importan con destino a su actividad industrial o para el pago de dividendos, cuotas de amortización de capital, impuestos exigibles en el exterior, sueldos y prestaciones sociales de los empleados extranjeros a su servicio, y en general, toda clase de gastos que tengan necesidad de hacer en moneda extranjera".

Un año más tarde en 1954, en circunstancias de holgura cambiaria cuando la balanza de pagos arrojaba saldos favorables al país, y seguramente con el propósito de estimular el incremento de la producción, el Decreto 1990 de 1954, artículo 4º autorizó a la Oficina de Registro de Cambios para que concediera a las personas que exploten minas de oro licencias para el reembolso de la maquinaria, de las materias primas y de los demás elementos que importen con destino a su actividad industrial.

Deben mencionarse en este período los Decretos 107 y 222 dictados por la Junta Militar en el año de 1957.

El primero, artículo 3º, establece un impuesto del 15% a la exportación de oro, que continúa libre, pero que en la práctica sólo se lleva a cabo por el Banco de la República debido a este gravamen a la exportación particular. (Historia de las leyes 1959, Tomo IV, pág. 51. Exposición de Motivos Ley 1ª doctor Carlos Lleras Restrepo).

El Decreto 222 de 1957, autoriza al Banco de la República "para comprar el oro producido en el país pudiendo pagar hasta un 40% de su valor en moneda extranjera".

La Ley 1ª de 1959, adopta un nuevo y completo estatuto sobre régimen de cambios y comercio exterior en el cual se codifica y ordena la dispersa legislación existente. Un capítulo especial, el tercero, lo dedica a "la exportación y comercio de oro", que lo integran las siguientes disposiciones:

"Artículo 33. La exportación de oro físico será reglamentada por el Banco de la República con aprobación del Gobierno.

Artículo 34. El Banco de la República queda autorizado para comprar el oro producido en el país y para pagar hasta el 40% de su valor en moneda extranjera.

Igualmente queda autorizado el Banco para:

a) Fijar periódicamente el tipo de cambio al cual habrá de hacerse la conversión en moneda legal de aquella parte del valor del oro que adquiera y que no sea cubierta por él en divisas extranjeras;

b) Pagar por cuenta del Gobierno a los pequeños productores a quienes compre su oro, cubriéndoles la totalidad de su valor en moneda nacional, una prima con imputación a la cuenta especial de cambios (modificado por el Decreto 1734 de 1964, artículo 15, que hizo extensiva la prima a todos los productores).

Los reglamentos que en desarrollo de este artículo dicte la Junta Directiva del Banco de la República deberán ser sometidos a la aprobación del Gobierno".

En desarrollo de la Ley 1ª, la Junta Directiva del Banco de la República fijó en el 40% el valor del oro pagadero en moneda extranjera (Resolución número 12 de 1959), porcentaje que redujo al 25% en 1961 (Resolución número 16 de 1961).

Dice la Resolución número 12 de 1959:

"La Junta Directiva del Banco de la República, en desarrollo de la autorización conferida por el artículo 34 de la Ley 1ª de 1959, **Resuelve:** Artículo 1º El Banco de la República podrá adquirir el oro de producción nacional, a aquellas personas que **deseen vendérselo**, para lo cual procederá de la siguiente manera:

a) Se tendrá en cuenta el precio básico de US$ 35.00 de la onza de troy fina, sobre cuyo valor se reducirán los futuros gastos de explotación a razón de 0.95%;

b) Del valor neto resultante, **se pagará el 40% en dólares de libre negociación**, y el 60% en moneda corriente al tipo de cambio fijado por el Banco para la liquidación de las divisas provenientes de las exportaciones a que se refiere el inciso primero del artículo 35 de la Ley 1ª de 1959;

c) A los pequeños productores y en especial aquellos denominados baharequeros y mazamorreros, el 40% de que trata el inciso anterior se les reconocerá en moneda corriente al tipo que fije periódicamente al Banco, con base en el promedio de las cotizaciones del mercado de divisas libres.

Parágrafo. Este sistema de pago tendrá el carácter de operación interna, y por consiguiente no estará sujeto a las regulaciones de cambio exterior, todo en armonía con el artículo 31 de la Ley 25 de 1923".

El período de libertad en el comercio de oro se desarrolla paralelamente con nuevos criterios en el manejo de las divisas internacionales.

De 1931 a 1953, las personas residentes en Colombia estaban obligadas a entregar al Banco de la República sus ingresos en moneda extranjera y no existió sino un solo mercado para negociar las divisas, el oficial.

El Banco tenía el monopolio de todas las monedas extranjeras y no podía venderlas sino con autorización de la Oficina de Cambios.

"Este mercado único de cambios que existió desde 1931, dice el Ministro Sanz de Santamaría en su Memoria citada, desapareció en 1953. Por Decreto 1901 el producto de las exportaciones de oro fue convertido prácticamente en dólares libres. Es decir, no había obligación de entregarlos al Banco de la República, podían dejarse en el exterior o podían emplearse en gastos o pagos que no hubieran sido autorizados por la Oficina de Registro de Cambios. Más tarde, por Decreto 1372 de 1955, a este mercado libre se sumaron otros ingresos, productos de ciertos capitales extranjeros y de otras exportaciones".

En la reforma cambiaria de 1957 (Decreto 107) y en el estatuto de la Ley 1ª de 1959, subsisten los dos mercados para las monedas extranjeras, el oficial y el mercado libre, pero aunque la exportación del oro siguió siendo libre, las divisas que originara debían venderse al Banco de la República e ingresaban al mercado oficial.

c) Nuevamente el monopolio del comercio de oro — 1966

El Decreto número 2867 de 1966, "por el cual se adopta un régimen de emergencia en materia internacional", que se justificaba según los considerandos del decreto en el descenso de los precios del café, el vencimiento de obligaciones contraídas por el Banco de la República, el Gobierno y la Federación de Cafeteros, la desmejora en las reservas de oro y divisas extranjeras del Banco de la República, suspendió el mercado libre de oro y cambios internacionales y dispuso que "únicamente el Banco de la República podrá comprar y vender oro y divisas extranjeras, cualquiera que sea la forma en que éstas se encuentren representadas".

En 1967, por medio del Decreto 444, se adoptó el estatuto "sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior", actualmente en vigencia, expedido en uso de las facultades extraordinarias que le confirió al Gobierno la Ley 6ª de 1967 "para regular íntegramente la materia", que ratifica el monopolio del comercio de oro y de su exportación por el Banco de la República.

En capítulos separados ordena el estatuto las normas aplicables a las diferentes materias.

El capítulo III corresponde al "Comercio de oro", el VIII al "Régimen de Capitales" y el IX al "Régimen cambiario del comercio exterior de petróleos y minería".

Forman parte del estatuto las siguientes normas que han originado las encontradas interpretaciones a que se refiere la consulta al Consejo;

CAPITULO III

Comercio de oro

Artículo 37. Unicamente el Banco de la República podrá comprar, vender, poseer y exportar oro en polvo, en barras o amonedado. No obstante, las personas naturales o jurídicas podrán poseer y negociar oro amonedado con fines de selección o de ornamento.

Artículo 38. La Junta Monetaria reglamentará la forma como el Banco de la República comprará el oro producido en el país, y podrá autorizarlo para pagar parte de él con divisas. En este caso, el Banco cubrirá el saldo en moneda nacional al tipo de cambio del mercado de capitales.

Las empresas mineras extranjeras productoras de oro que operen en Colombia podrán remesar al exterior, previa licencia de cambio y por conducto del Banco de la República, la parte pagadera por éste en divisas. En consecuencia dichas empresas no tendrán derecho a obtener adicionalmente licencias de cambio para el reembolso de capitales, la transferencia de utilidades y el pago de gastos en moneda extranjera.

CAPITULO VIII

Régimen de capitales

Artículo 113. Las inversiones de capital extranjero deberán registrarse en la Oficina de Cambios, una vez aprobadas por el Departamento Administrativo de Planeación.

También se registrará en dicha oficina el movimiento de las inversiones, inclusive inversiones extranjeras adicionales, reinversiones de utilidades con derecho a giro al exterior, remesas de utilidades y reembolso de capitales.

... ...

Artículo 115. El registro de la inversión en la Oficina de Cambios dará derecho para:

a) Remitir al exterior sus utilidades dentro de los límites previstos en el presente estatuto y en las resoluciones del Consejo Nacional de Política Económica vigentes en la fecha del registro;

b) Reembolsar el principal hasta la cuantía efectivamente importada y la de las reinversiones de utilidades con derecho a giro al exterior, en el caso de enajenación total o parcial de los bienes, acciones o derechos respectivos; o cuando se trate de inversiones sujetas a agotamientos, como las realizadas para la explotación de depósitos mine-

rales, todo de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de este estatuto; y

c) Reembolsar, en casos diferentes a los que contempla el ordinal anterior, cantidades moderadas por amortización de inversiones, conforme a lo que disponga el Departamento Administrativo de Planeación, al tiempo de autorizar la inversión y en obedecimiento a los criterios señalados por el Consejo de Política Económica.

Parágrafo. Es entendido que en ningún caso se autorizará la adquisición de divisas para reembolso de capitales por sumas superiores al saldo neto en moneda extranjera de la respectiva inversión, tal como lo define el inciso del artículo siguiente.

Artículo 116. Solamente se podrá remesar al exterior utilidades efectivamente producidas por la inversión extranjera. La Oficina de Cambios y la Prefectura de Control de Cambios vigilarán el ejercicio de este derecho.

Las remesas al exterior por concepto de utilidades de capitales extranjeros no podrán exceder del 10% anual, liquidado sobre el valor neto en moneda extranjera de la inversión respectiva.

El valor neto en moneda extranjera de la inversión está constituido por el capital inicialmente importado, las inversiones extranjeras adicionales y las reinversiones de utilidades con derecho a giro menos los reembolsos de capitales, todo conforme a las partidas que aparezcan registradas en la Oficina de Cambios.

Artículo 117. Subrogado. Decreto-ley 688 de 1967, artículo 9º.

Modifícase en la siguiente forma el artículo 117 del Decreto 444 de 1967:

"Artículo 117. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Consejo Nacional de Política Económica podrá elevar con carácter general o para determinadas ramas de la producción el porcentaje máximo que allí se señala para la remesa de utilidades, a la luz de las condiciones que imperen en el mercado internacional de capitales.

"También podrá autorizar el Consejo porcentajes mayores de remesa de utilidades en el caso de determinadas inversiones que revistan señalada importancia para la economía nacional o que impliquen riesgos especiales o que por su naturaleza sean de tardío rendimiento".

... ...

Artículo 119. Los capitales extranjeros invertidos antes del 17 de junio de 1957 que estén debidamente registrados no requerirán nuevo registro, pero en relación con ellos se deberán suministrar los datos e informaciones que solicite la Oficina de Cambios.

Artículo 120. Los capitales extranjeros invertidos en el país con posterioridad al 17 de junio de 1957 deberán registrarse en la Oficina da Cambios.

El registro constituye requisito indispensable para continuar girando al exterior utilidades y para reembolsar los capitales.

. . . . . .

Artículo 126. El régimen de cambios internacionales y comercio exterior referente a las industrias de minería y petróleo estará sujeto especialmente a las normas del capítulo IX, las que en consecuencia privarán, cuando sea el caso, sobre las establecidas por los artículos precedentes.

CAPITULO IX

Régimen cambiario y de comercio exterior de petróleo y minería

. . . . . .

Artículo 159. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 y con las salvedades que el mismo artículo contempla, no será obligatorio reintegrar al país el producto en divisas de las exportaciones de petróleos que realicen las empresas extranjeras.

Con la excepción de que trata el artículo 154 tampoco habrá lugar a suministrar divisas para el giro de utilidades de capitales invertidos en la exploración y explotación de petróleos ni para reembolsarlos al exterior.

Los reembolsos de capital y las transferencias de utilidades correspondientes a inversiones en minería, explotaciones de gas y oleoductos, en distribución y servicios técnicos inherentes a la industria del petróleo se harán con arreglo al régimen general de inversiones extranjeras.

Artículo 160. Los capitales extranjeros destinados a la industria del petróleo y de la minería en todas sus ramas, traídos y no registrados con anterioridad al 17 de junio de 1957, y los importados o que se importen con posterioridad a esa fecha, ya sea en divisas, bienes o servicios, o en cualquier otra forma, deberán registrarse en la Oficina de Cambios".

Artículo 161. El Ministerio de Minas y Petróleos en coordinación con la Oficina de Cambios controlará el movimiento de los capitales extranjeros vinculados a la industria del petróleo y de la minería en todas sus ramas, y podrá verificar la exactitud de los datos respectivos.

En uso de las atribuciones que le confieren los artículos 38 y 39 del Decreto 444 de 1967, la Junta Monetaria dictó la Resolución número 17 de 1967, abril 6, que contiene entre otras las siguientes disposiciones:

Artículo 1º El Banco de la República podrá efectuar compras de oro de producción nacional directamente o por conducto de los laboratorios de fundición y ensayos que funcionen en el país y que aquél autorice para el efecto mediante contrato.

Artículo 2º El Banco de la República pagará el oro a razón de US$ 35.00 la onza troy fina en la siguiente forma:

a) A las empresas mineras de capital extranjero establecidas en el país que producen metales preciosos, hasta el 50% de su valor en moneda extranjera. El porcentaje restante se pagará en moneda legal colombiana; y

b) A los baharequeros y demás mineros diferentes de las compañías mineras de capital extranjero se les comprará la totalidad en moneda legal colombiana.

La liquidación correspondiente se efectuará a la tasa de compra de divisas por el mercado de capitales, deduciendo las sumas previstas para gastos diversos como los de fundición, afinación, impuesto de producción, etc.

Artículo 3º Para que el Banco de la República pueda pagar sobre el oro hasta el 50% de su valor en moneda extranjera, las compañías mineras de capital extranjero deberán presentar una licencia de cambio otorgada por la Oficina de Cambios, con base en la liquidación hecha previamente por el Banco y la relación de presupuesto de gastos de cada empresa.

La moneda extranjera que reciban las compañías de capital extranjero podrá ser remesada al exterior por conducto del Banco de la República y con destino al pago de sueldos y prestaciones sociales de los técnicos extranjeros a su servicio y al reconocimiento de dividendos, cuotas de amortización de capital e impuestos que fueren exigibles en el exterior, así como a otros gastos similares, quedando por tanto sin derecho a obtener licencias de cambio adicionales para transferencias por tales conceptos.

Artículo 4º Las empresas mineras de capital extranjero tendrán que justificar debidamente ante la Oficina de Cambios y la Prefectura de Control de Cambios por períodos de seis (6) meses, la destinación que hubieren hecho durante el semestre anterior de la parte en moneda extranjera de que tratan los artículos precedentes.

Las empresas que no justificaren en un plazo de sesenta (60) días después de vencido cada semestre dichos gastos, o que hubieren invertido alguna parte del valor en moneda extranjera recibido en fines distintos a los que se señalan en este reglamento, incurrirán en las sanciones pertinentes cuya aplicación corresponde a la Prefectura de Control de Cambios.

Recapitulación

En la forma que se consigna en las páginas anteriores queda hecho el recuento cronológico de la legislación más significativa que desde la década de los años 30 ha regido el comercio de oro en el país y ha determinado el Régimen de Cambios Internacionales aplicables a las empresas extranjeras dedicadas a la extracción de este metal. La Sala se ha empeñado en este dispendioso esfuerzo porque considera que particularmente en materias monetarias y cambiarias la perspectiva histórica ilustra adecuadamente los propósitos de la legislación y destaca los principios fundamentales que han de guiar al ejecutor de normas concretas en su justa y correcta interpretación.

Apreciada en su conjunto la legislación puede encuadrarse en tres grandes períodos, desde que rige en Colombia el Control de Cambios Internacionales y del Comercio Exterior:

a) De 1931 a 1953, lapso en que estuvo suspendido el libre comercio de oro y prohibida su exportación;

b) De 1953 a 1966, en que se permitió nuevamente en el territorio nacional el comercio libre de oro y la libertad de exportación de este metal; y

c) De 1966 en adelante, año en que otra vez el Estado monopoliza el comercio y la exportación del oro.

En el primer período se concedieron a las compañías extranjeras que habían importado capital para la minería del oro divisas internacionales para atender sus gastos y obligaciones en el exterior, hasta un porcentaje que inicialmente fue del 40% del valor del oro vendido y a finales de este período del 60% previa justificación de necesidades ante la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones que sólo podía autorizar giros al exterior para fines "económicamente necesarios"; además se exigía la posterior comprobación de la inversión dada a las divisas.

En el segundo período, de libertad de comercio y exportación del oro, los exportadores, hasta 1957, podían negociar libremente las divisas originadas en la exportación, pero quedando obligados a atender con ellas todos los gastos en moneda extranjera, sin derecho a solicitar licencias adicionales. En 1954, estableciendo una excepción, el Decreto 1920 autoriza conceder licencias adicionales para el reembolso de maquinarias, materias primas y demás elementos de producción importados.

En el tercer período, el Decreto 444 de 1967 y la Resolución número 17 del mismo año de la Junta Monetaria, vuelven fundamentalmente a las regulaciones del primer período, se restablece el monopolio del comercio y de la exportación de oro, se autoriza al Banco de la República para "pagar hasta el 50% del valor del oro que compre en moneda extranjera" previa licencia de la Oficina de Cambios, otorgada con base en la solicitud de cada empresa para atender en el exterior los gastos que la citada resolución indica, quedando obligadas, las empresas a "justificar debidamente" ante la Oficina de Cambios y la Prefectura de Cambios, por períodos de seis meses, la inversión dada a los giros autorizados.

La diferente legislación que ha regido en el país el comercio y la exportación de oro en las tres etapas señaladas, ha determinado por otra parte las facultades de la Oficina de Control de Cambios y las del Banco de la República como depositario de las divisas internacionales en la autorización de licencias y en el procedimiento de compra del oro físico.

Durante el tiempo en que fue libre el comercio y la exportación del oro, el Banco de la República al comprar el oro de producción nacional a "aquellas personas que deseen vendérselo" como dice la Resolución número 12 de 1959, de la Junta Directiva del Banco, pagado el porcentaje que estaba autorizado para reconocer en moneda extranjera "en dólares de libre negociación" (Resoluciones 12 de 1959 y 6 de 1961), sistema de pago que según la Resolución número 12 citada tenía el carácter de operación interna y no estaba sujeto a las regulaciones de cambio exterior.

Dentro del régimen de monopolio del comercio y de la exportación de oro, el Banco de la República no puede entregar divisas a las em-

presas extranjeras vendedoras de oro sin previa autorización de la Oficina de Control de Cambios y ésta a su vez tiene una competencia reglada, o sea que no puede conceder licencias de cambio sino de acuerdo con las normas generales y para los fines específicamente señalados en la ley o en los reglamentos.

La inversión extranjera en Colombia, su registro y control, durante los 3 períodos indicados, ha sido objeto de numerosas regulaciones por parte del Congreso, el Gobierno o las autoridades monetarias.

Entre las principales pueden citarse:

Decreto 326 de 1938, Decreto 548 de 1946, Resolución de la Oficina de Cambios, número 175 de 1947, Decreto 1749 de 1948, Decreto 1625 de 1951, Decreto 107 de 1957, Ley 1ª de 1959, Decreto 2322 de 1965 y Decreto 444 de 1967. (1)

Recapitulada históricamente la legislación, es procedente el análisis particular de las disposiciones del estatuto vigente, cuyo examen e interpretación se ha solicitado a la Sala.

(1) **Antonio del Castillo:** "Manual de control de cambios, importaciones y exportaciones" (Edic. 1950).

Ricardo Montoya Pontón y Gustavo Orejuela Hidalgo: "Régimen legal del control de cambios en Colombia".

Arvids. Kalnins: "Análisis de la moneda y de la política monetaria colombiana".

Ediciones Banco de la República, Codificaciones sobre Régimen de Cambios Internacionales y Comercio Exterior —1965—1968—.

II

Consideraciones de la Sala

A

Contenido jurídico de la consulta

La consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda sobre el régimen de cambios aplicable a las empresas mineras de capital extranjero que extraen oro en el país, la absolverá la Sala previa consideración de los siguientes aspectos jurídicos que plantea la interpretación de las disposiciones del estatuto sometidas a su estudio:

a) Alcance que en el sistema legal de cambios tiene la autorización al Banco de la República para pagar con divisas parte del oro que compre;

b) Autorización dada a las empresas extranjeras productoras de oro para remesar al exterior las divisas que reciben en la venta de oro, previa licencia de cambio, y prohibición de conceder licencias adicionales a estas empresas para atender pagos en moneda extranjera;

c) Facultades de la Oficina de Cambios para conceder licencias a las empresas mineras extranjeras que extraen oro en el país; y

d) Prelación de normas en el estatuto y órbita propia del artículo 38 como disposición especial.

En su orden se ocupará la Sala del estudio de los temas enunciados.

a) Alcance que en el sistema legal de cambios tiene la autorización dada al Banco de la República para pagar con divisas parte del oro que compre.

1. Desde la implantación en el país del sistema de control de los cambios internacionales y del comercio exterior, las inversiones extranjeras en la industria extractiva de oro han sido objeto de una reglamentación especial; en los diferentes estatutos dictados de 1931 en adelante se advierte que dentro del conjunto de normas generales reglamentarias de los aspectos propios de esta legislación, se adoptan disposiciones especiales para la industria del oro.

2. La reglamentación particular de esta industria en relación con el comercio de oro y el sistema de cambios internacionales a que se le somete, se explica por diferentes razones:

a) Vinculación del oro al sistema monetario que ha determinado el monopolio de su comercio por parte del Estado en dos períodos en las últimas cuatro décadas;

b) Incidencia de la producción de oro en el incremento de las divisas internacionales y en las reservas de oro físico del Banco de la República;

c) Vinculación predominante del capital extranjero en la industria extractiva de oro;

d) Preocupación del legislador y de las autoridades monetarias por traducir la extracción de oro en el territorio colombiano en un factor positivo en la balanza de divisas.

3. En el país operan 7 grandes compañías extranjeras:

Pato Consolideted Gold Dredging, Frontino Gold Mines Ltda., Chocó Pacífico S. A. Nóvita Mines Corp. (Nariño), Nóvita Mines Corp. (Chocó), Minera de Nariño y Pacífico Metals Corporation, todas ellas filiales de la International Mining Corporation de New York.

Estas compañías produjeron de 1962 a 1967, en promedio, el 65,5% de todo el oro extraído en el país, y en el año de 1967 el 74.5%.

PRODUCCION DE ORO: TOTAL NACIONAL Y GRANDES CIAS.
(1962 — 1967 — Onzas Troy)

Años	Total Nacional	Grandes Cías.	% sobre el total
1962	396.827	243.338	61.3
1963	324.318	173.841	53.6
1964	364.748	229.685	63.0

Años	Total Nacional	Grandes Cías.	% sobre el total
1965	316.267	221.668	70.0
1966	275.267	193.496	70.3
1967	257.589	191.897	74.5
Promedio (1962—1967)			65.5

(Informaciones tomadas de la Oficina de Investigaciones Económicas del Ministerio de Minas y Petróleos).

4. El propósito del legislador y del gobierno de obtener que la industria extractiva de oro atienda con su propia producción los gastos y obligaciones de la industria en el extranjero y además genere divisas internacionales aprovechables para el país, se advierte como un principio rector desde que se instauró en Colombia el Control de Cambios Internacionales y es constante desde entonces.

El Decreto 703 de 1933 lo incorpora a nuestra legislación:

"La Junta de Control, dice el artículo 2º, concederá a las empresas mineras extranjeras licencias para que se les vendan giros por un porcentaje del valor del oro que entreguen en la cuantía que se estime equitativa".

Cinco años más tarde en 1938, Decreto-ley 326, artículo 4º, se precisa con especial claridad este principio y se define el criterio oficial en el régimen de cambios internacionales para la industria extractiva de oro:

—Las autorizaciones se conceden solamente a las compañías mineras extranjeras que **hayan importado capital al país.**

—Las licencias "no podrán exceder en ningún caso y para la totalidad de sus necesidades, del 40% del valor de dicho oro" (el entregado al Banco de la República), tope que en 1949, Decretos 175 y 2779 de ese año, se elevó "hasta el 60%".

—Se exige la comprobación previa de las necesidades del giro.

—Los giros se limitan a los siguientes conceptos:

"Amortización de capitales introducidos por la Compañía al país.

—Pago de intereses y dividendos decretados.

—Pago de empleados o juntas directivas de la Empresa en el exterior.

—Pago de materiales o elementos importados a Colombia, y en general el pago de renglones indispensables para la marcha regular de la Empresa".

Se exige la comprobación posterior de la inversión dada a los giros que sólo pueden destinarse a los conceptos indicados.

En 1953, Decreto 1901, artículo 1º, se restablece en el territorio nacional el libre comercio de oro, la libertad de exportación de este

metal y la libre negociación de las divisas que originen las exportaciones.

Sin embargo, aunque termina el monopolio del comercio de oro, subsiste el mismo criterio de control de divisas, y el artículo 2º del decreto obliga a las personas que explotan minas de oro a atender todos los gastos de la industria en moneda extranjera, con el producto de las exportaciones y prohibe a la Oficina de Registro de Cambios conceder licencias adicionales.

Ratificando una tradición de más de 30 años, con idéntico propósito de que la industria extractiva de oro proporcione a la economía nacional un saldo aprovechable de divisas, el Decreto-ley 444 de 1967, artículo 38, vuelve sobre los mismos principios consagrados al iniciarse el control de cambios en Colombia:

—Establece nuevamente el monopolio del comercio de oro.

—Dispone que la Junta Monetaria reglamentará "la forma como el Banco de la República comprará el oro producido en el país, y podrá autorizarlo para pagar parte de él con divisas".

—Se dispone que las empresas extranjeras productoras de oro "podrán remesar al exterior, **previa licencia de cambios** y por conducto del Banco de la República, la parte pagadera por éste en divisas".

—Se advierte que "dichas empresas no tendrán derecho a obtener adicionalmente licencias de cambio para el reembolso de capitales, la transferencia de utilidades y el pago de gastos en moneda extranjera".

5. Los textos anotados orientan en su orden cada uno de los grandes períodos en que se divide el comercio de oro, bien para controlarlo o para permitirlo libremente.

Su simple lectura enseña que al vincular la legislación vigente en diferentes épocas el otorgamiento de divisas internacionales a las empresas mineras extranjeras a la producción de oro y al fijar como tope para otorgarlas un porcentaje de esta producción, se persiguió siempre como finalidad inequívoca obtener para el país un saldo aprovechable de cambio internacional originado en esta industria. Los porcentajes indicados amparan la economía colombiana, su balanza de comercio, y no son un mecanismo protector de la industria minera de oro ni un estímulo a la inversión foránea. Estas normas especiales para las empresas extranjeras vinculadas a la industria extractiva del oro, no pretenden establecer un sistema especial de cambios que les permita la libre disponibilidad de divisas dentro de ciertos límites, sino por el contrario, organizar un control específico de esta industria adicional al control general de compra de moneda extranjera en el Banco de la República, para que la explotación de oro genere divisas utilizables en otros campos de la actividad económica.

Es cierto que paralelamente a este propósito incuestionable de la legislación, tanto el legislador como las autoridades monetarias adoptaron una serie de medidas para estimular la extracción de oro en el país, tales como primas a los pequeños productores (Resolución de la

Junta Directiva del Banco de la República, julio 14 de 1954, Resoluciones 12 de 1959 y 15 de 1960, entre otras), primas a las grandes empresas ($ 15.00 por onza de troy, 1964-65, Dto. 1734 de 1964) y particularmente con base en el sistema de pago del oro, estableciendo un tipo de cambio más generoso para las grandes empresas extranjeras, al liquidar la parte del precio que debía pagarse en moneda nacional de acuerdo con equivalencia especialmente fijada (Dto. 2789 de 1949. Res. Junta Directiva del Banco de la República, 15 de 1960) o según el cambio más alto que lo fue después de 1957 el del mercado de capitales (Res. Junta Directiva del Banco de la República Nº 6 de 1961, 54 de 1966, 17 de 1967), o bien adoptando estímulos tributarios o fiscales en la compra de divisas producidas por la exportación (Dcto. 1734 de 1964, Ley 81 de 1960, Res. Aduanera 68 de 1965, Dto. 444 de 1967).

Pero todas estas medidas de protección o estímulo se proyectan en un campo distinto, no invaden el propio de las regulaciones ordinarias sobre venta de giros al exterior en el Banco de la República, y no desvirtúan la finalidad específica con que nació en nuestra legislación el mecanismo comentado para la compra de oro que ha sobrevivido en todas las reformas: el control de las divisas internacionales.

Determinado el propósito del legislador al fijar a la inversión extranjera en minería del oro un tope a la concesión de divisas, como aspecto preliminar del problema, procede estudiar dentro del criterio establecido que según lo averiguado resulta objetivo permanente y predominante en la legislación colombiana, otros aspectos de las disposiciones que en el Decreto 444 de 1967 determinan el régimen cambiario del oro.

b) Autorización dada a las empresas extranjeras productoras de oro para remesar al exterior las divisas que reciben en la venta de oro, previa licencia de cambio, y prohibición de conceder licencias adicionales a estas empresas para atender pagos en moneda extranjera.

1. Dice el artículo 38 (primer inciso).

"La Junta Monetaria reglamentará la forma como el Banco de la República **comprará** el oro producido en el país, y **podrá autorizarlo para pagar parte de él en divisas**".

Las facultades que este artículo le confiere a la Junta Monetaria la habilitan para ordenar que el Banco de la República pague la totalidad del valor del oro que compre a empresas mineras extranjeras en moneda nacional, o parte en moneda nacional y parte con el equivalente en divisas.

Es claro que en el primer caso las compañías productoras de oro quedan sometidas al régimen general de cambios internacionales y tendrán derecho a solicitar divisas en las mismas condiciones que las demás empresas mineras y para los pagos en moneda extranjera que la ley les autorice.

En el segundo caso es el reglamento de la Junta Monetaria el que señala en qué proporción el valor del oro vendido al Banco de la República permite obtener divisas internacionales a las compañías extranjeras y recibirlas como parte de pago.

Agrega el estatuto que estas empresas "podrán remesar al exterior, **previa licencia de cambio** y por conducto del Banco de la República, la parte pagadera por éste en divisas". "En consecuencia, dice el artículo 38 comentado, dichas empresas no tendrán derecho a obtener adicionalmente licencias de cambio para el reembolso de capitales, la transferencia de utilidades y el pago de gastos en moneda extranjera"; o sea que las licencias de cambio que autoriza el estatuto en proporción al valor del oro, se conceden para que las compañías atiendan a los pagos indicados.

De acuerdo con lo dispuesto por la Junta Monetaria en la Resolución 17 de 1967, las empresas mineras de capital extranjero pueden solicitar a la Oficina de Cambios licencias "hasta por el 50% del valor del oro que vendan" al Banco de la República para atender a los gastos o pagos que indica la Resolución, gastos que deben relacionar e individualizar para solicitar la licencia y comprobar posteriormente ante la Oficina de Cambios, sin que puedan invertir parte alguna del valor de los giros autorizados "en fines distintos" a los señalados por la Junta Monetaria.

2. El artículo 38 del estatuto con cierta falta de tecnicismo jurídico, que indudablemente es la causa de la controvertida interpretación que origina esta consulta al Consejo de Estado, involucra en una sola dos operaciones distintas. Una compraventa de obligada celebración, en la que se entrega en el país una mercancía, oro, por un precio que en principio, como es general en todas las transacciones puede y debe pagarse en moneda nacional; y una operación de cambio internacional en la que la Oficina de Cambios autoriza al Banco de la República, como depositario de estas divisas, para vender cierta cantidad de ellas a empresas extranjeras establecidas en Colombia, por un precio que como es habitual en estas transacciones, puede y debe pagarse en moneda nacional.

Si estas dos operaciones las contemplara el estatuto en forma separada (como sí lo hicieron los Decretos 703 de 1933 y 326 de 1938) no habría lugar a dificultades en la interpretación. No obstante, el artículo 38 con un enfoque más económico que jurídico, seguramente en atención a la naturaleza de los géneros negociados, les da a estas dos compraventas una presentación conjunta descrita por el resultado final, cuando indica que parte del oro puede pagarse en divisas, dando al mismo tiempo la impresión de que pueda tratarse de un sistema diferente al que en forma general reglamenta los cambios internacionales.

Sin embargo la aparente unidad no desvirtúa la pluralidad jurídica que encierra la transacción reglamentada. Entregado el oro al Banco de la República la empresa vendedora debe tramitar ante la Oficina de Cambios una autorización o licencia para que el Banco a su vez le venda divisas extranjeras con destino a sus pagos en el exterior. Obtenida la licencia por un valor dado, que puede llegar hasta el tope que autoriza la Junta Monetaria, la empresa vendedora del oro se presenta al Banco como compradora de divisas. Acreedora en la venta del oro y deudora del precio de las divisas, se opera una compensación en moneda nacional que permite la entrega de las divisas a la vendedora del oro y ocasiona el espejismo de que el oro se está pagando en divisas. Sin embargo, en derecho, las denominaciones, así sean legales, no cambian la naturaleza jurídica de los hechos.

Los propios textos indican la dualidad de la operación. Según el mismo artículo 38, inciso segundo, para la remesa de las divisas al exterior se requiere "previa licencia de cambio", y la resolución de la Junta Monetaria dispone:

"Artículo 3º Para que el Banco de la República pueda pagar sobre el oro hasta el 50% de su valor en moneda extranjera, las compañías mineras de capital extranjero deberán presentar una licencia de cambio otorgada por la Oficina de Cambios, con **base en la liquidación hecha previamente por el Banco y la relación de presupuesto de gastos de la empresa".**

3. Si en realidad se trata de dos operaciones independientes aunque confluyen en su resultado final, venta de oro y compra de divisas, solamente vinculadas para establecer el tope de control, si las empresas mineras extranjeras vendedoras de oro requieren una autorización o licencia para recibir divisas del Banco de la República, y esta licencia no puede otorgarla la Oficina de Cambios sino para los fines específicos señalados en la resolución de la Junta Monetaria, ninguna innovación introduce el artículo 38 cuando dispone que las empresas mineras extranjeras "podrán remesar al exterior" las divisas que reciban como parte de pago del oro vendido. Por el contrario al exigir el artículo 38 licencia de la Oficina de Cambios, está confirmando que en este caso como en todos los demás la venta de divisas esta sometida al régimen general de cambios que consagran otras disposiciones del estatuto.

Las compañías reciben divisas del Banco de la República porque la Oficina de Cambios ha ordenado su venta, las divisas se conceden para atender los pagos en moneda extranjera que autoriza el estatuto, y son remesables al exterior con el permiso de la Oficina de Cambios, que es precisamente uno de los objetos de las licencias.

Así las compañías extranjeras que extraen oro en el país deben cumplir para comprar y remesar divisas al exterior los mismos requisitos que se exigen a los demás compradores de moneda extranjera.

c) Facultades de la Oficina de Cambios para conceder licencias a las empresas mineras extranjeras que extraen oro en el país.

1. Dice el Decreto 444, en su capítulo I, disposiciones generales, artículo 4º, tercer inciso:

"Solamente podrán adquirirse divisas para los fines económicos o socialmente útiles definidos como tales en este estatuto y previa la expedición de la respectiva licencia de cambio".

Y en el artículo 6º:

"Dentro de las condiciones y límites establecidos en el presente estatuto, podrán adquirirse divisas para pagos en el exterior por los siguientes conceptos:

a) Mercancías cuya importación haya sido debidamente autorizada;

b) Fletes de importación que deban cubrirse en moneda extranjera;

c) Petróleo crudo que se adquiera para su refinación en Colombia, cuando medie la autorización prevista en el artículo 154;

d) Servicios de evidente conveniencia para el país;

e) Servicio diplomático, pagos a organismos internacionales, deuda pública y otros compromisos contractuales del Estado y de las demás entidades de derecho público;

f) Gastos en moneda extranjera que demande el comercio de exportación;

g) Gastos de estudiantes en el exterior;

h) Servicios de la deuda externa del Banco de la República y de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia;

i) Servicios de los préstamos externos a favor de particulares;

j) Remesas de utilidades y reembolsos de capitales extranjeros invertidos en Colombia; y

k) Los demás que determine la Junta Monetaria para fines económica o socialmente útiles".

Es en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal k) del artículo 6º que la Junta Monetaria puede determinar los fines económicos y socialmente útiles que permitan a las empresas extranjeras vinculadas a la minería del oro, obtener autorizaciones de la Junta de Cambios para comprar divisas en el Banco de la República, y no en "uso de las atribuciones que le confieren los artículos 38 y 39" como dice la Resolución 17 de 1967, preceptos del estatuto que se refieren a la reglamentación del comercio de oro, pero no a la reglamentación de las licencias de cambio, que sólo las menciona el artículo 38 para exigirlas.

2. Dos artículos del reglamento de la Junta Monetaria (Res. 17/67) se refieren a las autorizaciones de venta de divisas a las compañías mineras de capital extranjero:

"Artículo 3º Para que el Banco de la República pueda pagar sobre el oro hasta el 50 por ciento de su valor en moneda extranjera, las compañías mineras de capital extranjero deberán presentar una licencia de cambio otorgada por la Oficina de Cambios, con base en la liquidación hecha previamente por el Banco y la relación de presupuesto de gastos de cada empresa.

La moneda extranjera que reciban las compañías de capital extranjero podrá ser remesada al exterior por conducto del Banco de la República y con destino al pago de los sueldos y prestaciones sociales de los técnicos extranjeros a su servicio y al reconocimiento de dividendos, cuotas de amortización de capital e impuestos que fueren exigibles en el exterior, así como a otros gastos similares, quedando por tanto sin derecho a obtener licencias de cambio adicionales para transferencias por tales conceptos.

Artículo 4º Las empresas mineras de capital extranjero tendrán que justificar debidamente ante la Oficina de Cambios y la Prefectura

de Control de Cambios por períodos de seis (6) meses, la destinación que hubieren hecho durante el semestre anterior de la parte en moneda extranjera de que tratan los artículos precedentes.

Las empresas que no justifiquen en un plazo de sesenta (60) días después de vencido cada semestre dichos gastos, o que hubieren invertido alguna parte del valor en moneda extranjera recibido en fines distintos a los que se señalan en este reglamento, incurrirán en las sanciones pertinentes cuya aplicación corresponde a la Prefectura de Control de Cambios".

3. Resulta de las disposiciones transcritas que la Oficina de Cambios no tiene un poder discrecional para conceder licencias, sino una facultad reglada. Puede autorizar giros para atender los pagos que enumera el Decreto 444 de 1967, artículo 4º, y en el caso del artículo 38 los que indica la resolución de la Junta Monetaria, pero apreciando cada gasto en su necesidad y su cuantía de acuerdo con las normas del estatuto que reglamentan específicamente las licencias (artículos 2º, 4º, 6º, 17, 95, 102, 115, 116, 117, 118, 120, 155 entre otros), y además, con las que señalan, como las del artículo 1º del Decreto 444 de 1967, las orientaciones y finalidades que deben guiar a los intérpretes y ejecutores del estatuto.

Si el reglamento de la Junta Monetaria dispone por una parte que hasta el 50% del valor del oro pueden concederse divisas y por otra obliga a relacionar y justificar los gastos en moneda extranjera para obtener la licencia y a comprobar la inversión dada a los giros, la propia resolución está diciendo que las licencias que autorice la Oficina de Cambios pueden fluctuar según las necesidades de la empresa apreciadas por esta Oficina de acuerdo con las disposiciones legales, sin que puedan exceder en ningún caso del límite señalado.

Las facultades de la Oficina de Cambios que se desprenden del estatuto y de la Resolución 17 de la Junta Monetaria no la habilitan para conceder licencias globales y automáticas por el porcentaje fijado como tope, sino la de proceder con base en la discriminación y justificación de gastos a que están obligadas las empresas y previo el análisis y calificación de cada uno de éstos, a otorgar las licencias que sean procedentes, por resultar económica y socialmente útiles como lo exige la ley.

Por lo demás parece ser este el único procedimiento que permite un trato equitativo de las empresas extranjeras que extraen oro en el país, en razón de los gastos que demande la explotación, el reembolso de capitales y la remesa de utilidades. Sin estos factores de apreciación la Junta Monetaria podría fijar límites a la concesión de divisas que por restringidos resultaran desestimulantes o lesivos de la inversión extranjera o por lo exagerados contrarios a los intereses de la economía nacional.

d) Prelación de normas en el estatuto y órbita propia. Artículo 38 como disposición especial.

1. Aparece del texto de la consulta y de los documentos anexos, que ha sido punto fundamental en la interpretación del artículo 38 del estatuto, su carácter de norma especial para deducir en consecuencia,

que ella establece un régimen particular de cambios en favor de las compañías mineras de capital extranjero productoras de oro.

Es cierto que las disposiciones del capítulo III del estatuto cambiario constituyen normas especiales, de aplicación preferencial y como tales es forzoso interpretarlas. Sin embargo, cuando en una codificación el legislador consagra reglas especiales su intención no es otra que la de adoptar en el conjunto normativo tratamientos particulares de ciertas situaciones con una finalidad que se advierte por contraste con otros preceptos y se define dentro de los propósitos generales de cada estatuto (C. C., Art. 30). En consecuencia, determinada la órbita propia de la norma especial, será igualmente necesario establecer en qué aspectos el mismo mandato particular se remite a las reglamentaciones generales y en cuáles la regla de excepción, sin desvirtuar su ordenamiento específico, se complementa forzosamente con otras disposiciones para llenar vacíos y preservar la armonía de propósitos del legislador.

2. Si se examina la estructura normativa del Decreto 444 de 1967, se encuentra que ella obedece a la intención de ordenar en diferentes capítulos y secciones las reglas inherentes a cada aspecto particular de la materia reglamentada.

Desde este punto de vista todo capítulo en el estatuto es un conjunto de normas especiales, que en su órbita tiene vocación de reglamento general.

El capítulo III se refiere al "Comercio de Oro". Sus diferentes artículos directamente se ocupan de reglamentar la producción, tenencia y comercio de este metal como mercancía que es objeto de monopolio por parte del Estado. El artículo 38 contempla la venta de oro al Banco de la República para determinar las modalidades que la Junta Monetaria puede darle a la compraventa como tal y establece una prohibición de licencias adicionales consecuencial a la compraventa cuando parte del precio permite adquirir divisas. La mención que este artículo hace de la "licencia de cambio", para exigirla, es meramente accidental dentro del texto, lo mismo que la relativa a remesa de divisas al exterior, menciones que se refieren a aspectos del sistema cambiario, regulados en otras disposiciones especiales del estatuto.

Debe observarse, además, que la Resolución 17 de 1967 de la Junta Monetaria, como ya se explicó, tampoco establece un sistema especial de cambios, simplemente desarrolla y aplica los principios y normas generales del estatuto para la venta y remesa de divisas internacionales dentro de un tope, que es su única particularidad.

En la distribución de materias que observa el Decreto 444 de 1967, es en el capítulo IX en el que se agrupan las normas especiales que determinan el "régimen cambiario de comercio exterior de petróleos y minería".

El artículo 159 del mencionado capítulo en sus dos primeros incisos establece el sistema de excepción en materia de cambios aplicable a las exportaciones de petróleo que realicen las empresas extranjeras y al reembolso y giro de utilidades de capitales invertidos en la exploración y explotación de petróleos, pero, el mismo artículo, en su

inciso tercero, somete al régimen general las demás actividades petroleras y la industria minera:

"Los reembolsos de capital, dice el inciso, y las transferencias de utilidades correspondientes a inversiones en minería, explotaciones de gas y oleoductos, en distribución de servicios técnicos inherentes a la industria del petróleo se harán con arreglo al régimen general de inversiones extranjeras".

3. Considerando la materia reglamentada en cada capítulo y el contenido de cada disposición, el artículo 38 es una norma especial para el comercio de oro, y el artículo 159, inciso 3º, lo es igualmente en lo relacionado con los reembolsos de capital y las transferencias de utilidades de las inversiones extranjeras en minería.

Aunque la especialidad de las normas en su respectiva materia es de conclusión obvia, podría observarse que aun en el caso de que las dos disposiciones tuvieran similar especialidad sobre la misma materia, forzoso sería darle prevalencia al artículo 159 como norma posterior de la codificación (Ley 57 de 1887, artículo 5º).

4. Las disposiciones pertinentes a la "inversión de capitales extranjeros" a las que se remite el artículo 159 se encuentran en el capítulo VIII, sección primera. Pueden señalarse como los aspectos más importantes de la reglamentación el registro que de todas las inversiones de capital extranjero debe hacerse en la Oficina de Cambios para tener derecho a reembolsar los capitales y a remesar las utilidades (artículos 113, 115, 119 y 120), la limitación de las utilidades remesables al 10% anual o al porcentaje que fije el Consejo Nacional de Política Económica con carácter general o para determinadas ramas de la producción (artículos 116, 117), la aprobación del Departamento Administrativo de Planeación de las inversiones que se proyecten (artículo 107), los criterios para aprobarlas (Art. 110), y las facultades que se confieren al Consejo Nacional de Política Económica para reglamentar estas normas del estatuto.

5. El capítulo VIII, en su artículo 160, establece el registro de los capitales extranjeros destinados a la industria del petróleo y la minería en todas sus ramas, ya sea los extraídos y no registrados con anterioridad al 17 de junio de 1957 o los importados o que se importen con posterioridad a esta fecha, en divisas, bienes, servicios o en cualquier otra forma, disposición que no hace sino confirmar expresamente para esta actividad económica lo establecido en forma general para la inversión extranjera en los artículos 113, 119 y 120, con el propósito de señalar con mayor énfasis el nuevo sistema aplicable a la minería y a determinadas actividades inherentes a la industria del petróleo, y además con el de hacer extensivo el registro a los capitales invertidos en la exploración y explotación de petróleos, aunque estén sometidos a un régimen de cambios diferente.

En completa armonía con el precepto comentado, el artículo 161 dispone:

"El Ministerio de Minas y Petróleos en coordinación con la Oficina de Cambios controlará el movimiento de los capitales extranjeros vinculados a las industrias del petróleo y de la minería en todas sus ramas, y podrá verificar la exactitud de los datos respectivos".

Lo dispuesto en el artículo 159, inciso 3º, al remitir al régimen general de inversiones extranjeras el servicio de los capitales importados para la minería y algunas actividades inherentes a la industria petrolera, es necesario complementarlo con lo dispuesto por el capítulo VIII, sobre "Régimen de Capitales", en su último precepto.

"Artículo 126. El régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, referente a las industrias de minería y petróleo está sujeto especialmente a las normas del capítulo IX, las que en consecuencia privarán, cuando sea el caso, sobre las establecidas por los artículos precedentes".

El capítulo VIII sobre régimen general de inversiones extranjeras es el aplicable para "los reembolsos de capitales y las transferencias de utilidades correspondientes a inversiones en minería", pero como de acuerdo con el artículo 126, las normas del mencionado capítulo son supletivas, resulta que estas inversiones estarán sometidas a las normas del capítulo VIII, por mandato del artículo 159, y además a las complementarias que resulten aplicables del capítulo IX, por mandato del artículo 126, como son las referentes a la intervención del Ministerio de Minas y Petróleos para importar y controlar los capitales vinculados a la minería y aprobar los contratos de prestación de servicios pagados en moneda extranjera y la que regula la importación de materiales y equipos con licencias no reembolsables.

Consideraciones finales

1. Si el artículo 38 se refiere especialmente a la venta de oro al Banco de la República y no establece un régimen de excepción para conceder licencias a las empresas mineras extranjeras que extraen oro en el país y el reglamento de la Junta Monetaria se reduce a enumerar los pagos en el exterior que dentro de cierto límite permiten conceder autorizaciones de cambio y a exigir su comprobación posterior, las disposiciones de la Resolución 17 no sólo no excluyen sino que requieren para su correcta ejecución el complemento de las normas que en el estatuto desarrollan los diferentes controles del sistema cambiario.

La Oficina de Cambios al considerar estas licencias debe en consecuencia observar las normas que regulan en forma general la venta de divisas y entre éstas las concernientes al régimen de inversiones extranjeras, capítulo VIII del estatuto y reglamentos del Consejo Nacional de Política Económica que lo desarrollan, particularmente para el caso de la consulta, las Resoluciones 7ª y 9ª de 1968.

2. Las dificultades de orden técnico o práctico que puedan presentarse en el registro de capitales importados para la minería de oro, que resultan según lo anotan las empresas interesadas de la antigüedad de algunas inversiones en esta industria, no impiden dar estricta aplicación a este requisito legal para establecer el monto neto de los capitales en la actualidad teniendo en cuenta sus aumentos y reembolsos desde que llegaron al país, y posiblemente resulten más aparentes que reales, si se considera la práctica contable de la industria de reservas y amortización, de las inversiones en períodos prudenciales, las propias disposiciones legales de orden tributario en este particular, el sistema de licencias no reembolsables para la importación

de bienes de capital, la obligada venta de divisas representativas de capital importado al Banco de la República, la reiterada legislación que ha exigido en diferentes épocas el registro desde que se estableció en Colombia el control de cambios y la conocida política de la inversión extranjera en los países en proceso de desarrollo, sobre rápida repatriación de capitales.

3. La interpretación expuesta que fluye del propio texto de las normas, como ya se explicó al analizarlas, es por lo demás la única acorde con los objetivos generales de política cambiaria y de comercio exterior que durante cuatro décadas han sido pauta del legislador y de las autoridades monetarias.

—Examinadas en su desarrollo histórico la legislación de comercio exterior y de cambios internacionales y las disposiciones aplicadas en distintos períodos a la industria del oro, analizados los textos controvertidos del Decreto 444 de 1967, particularmente los artículos 38, 159 y 160, y lo dispuesto por la Junta Monetaria en la Resolución número 17 de 1967, no encuentra la Sala que exista justificación alguna, ni jurídica ni económica ni práctica, para acordar a las empresas extranjeras vinculadas a la minería de oro en el país un régimen discriminatorio que las exceptúe de cumplir preceptos cuya aplicación se encuentra razonable, equitativa y conveniente para la generalidad de la inversión extranjera.

Conclusiones

Con fundamento en las razones expuestas, llega la Sala a las siguientes conclusiones, en relación con los puntos objeto de la consulta:

1ª El régimen general de inversiones extranjeras establecido por las normas cambiarias vigentes es aplicable igualmente a las importaciones de capital efectuadas o que en el futuro se efectúen con destino a la industria dedicada a la extracción de oro.

2ª Las empresas mineras extranjeras vinculadas a la extracción de oro están obligadas a registrar en la Oficina de Cambios los capitales que hayan importado o que importen con destino a esta industria, registro que constituye requisito indispensable para tener derecho a remesar al exterior utilidades habidas en el negocio y a reembolsar los capitales.

3ª El giro de utilidades que hagan las empresas mineras mencionadas, está sometido a los límites establecidos en el Decreto 444 de 1967, artículo 116, o a los que señale el Consejo Nacional de Política Económica.

Por tanto la Resolución número 7 de 1968, del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, es extensiva a las mencionadas empresas.

En los términos anteriores se absuelve la consulta formulada. Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Guillermo González Charry, Alejandro Domínguez Molina, Luis Carlos Sáchica A., Alberto Hernández Mora.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

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

El anterior concepto fue considerado y discutido en las sesiones de 2 y 8 de septiembre del año en curso, habiendo sido aprobado por unanimidad.

Guillermo González Charry.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE GOBIERNO

SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD.— Efectos.— **1º Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan. 2º Los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia que la declara inexequible, subsisten, porque el fallo no tiene efecto retroactivo, salvo "cuando se trate de derechos civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible", pues, en este caso sí puede tener efecto para el pasado la inexequibilidad, como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 23 de febrero de 1927; y, 3º Cuando se declara inexequible una ley derogatoria de otra, subsiste, revive o recobra su plena vigencia la ley que se quiso derogar.**

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

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

El señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la consulta siguiente:

"Atentamente me permito solicitar de esa honorable Sala su concepto sobre las materias a que se refiere la siguiente comunicación dirigida al suscrito por el señor Gerente de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, D. E.

"GER. 4078, Bogotá, D. E., octubre 8 de 1969. Señor doctor Carlos Augusto Noriega. Ministro de Gobierno. E. S. D. Señor Ministro: La Empresa de Teléfonos de Bogotá ha tenido conocimiento de la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, por lo cual se declaró inexequible el artículo 77 del Decreto 3133, de 1968, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 77. La Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos estará integrada así: El Alcalde o su delegado; dos concejales, con sus respectivos suplentes, elegidos por el Concejo; el Personero; un Miembro con su respectivo suplente, nombrado por el Presidente de la República; y dos miembros, con sus respectivos suplentes, nombrados por el Alcalde, el primero de ternas presentadas por la Sociedad Colombiana de Ingenieros y el otro libremente escogido entre ex-concejales del Distrito. El período de los miembros de esta Junta es de dos (2) años y podrán ser reelegidos.

"En cumplimiento del artículo citado se hicieron los nombramientos respectivos a comienzos del presente año, y la Junta Directiva así constituida ha venido rigiendo los destinos de la Empresa.

"Con la declaratoria de inexequibilidad de la disposición citada se presenta una serie de interrogantes que quisiera dilucidar a la mayor brevedad, no sólo en beneficio de la Empresa, sino de los intereses de la ciudadanía.

"Dichos interrogantes son los siguientes:

"1º Qué validez jurídica tienen los actos y contratos aprobados por la actual Junta Directiva desde su constitución hasta la ejecutoria de la sentencia?

"2º Puede la Junta actual seguir actuando válidamente hasta tanto el Concejo de Bogotá determine la nueva composición de la Junta y tomen posesión los nuevos miembros?

"3º O por el contrario, debe convocarse la Junta Directiva anterior (la creada en virtud del acuerdo número 72 de 1967 expedida por el Concejo Distrital), es decir aquella a la cual reemplazó la Junta elegida en virtud del mencionado artículo 77 del Decreto 3133 de 1968?

"Como la Empresa se encuentra próxima a efectuar diversos contratos relacionados con el ensanche del servicio telefónico cuya urgencia es manifiesta, le sabría agradecer, si el Gobierno Nacional, por su digno conducto elevara la correspondiente consulta al honorable Consejo de Estado sobre los puntos antes mencionados.

"Mucho apreciaremos la pronta atención que se sirva dar a la presente consulta. Del señor Ministro, atentamente. (Fdo.) Miguel Mejía Borda. Gerente".

La absolución de los interrogantes que se plantean en la consulta transcrita, dependen de las consecuencias que se pueden atribuir al fallo de inexequibilidad, es decir, si éste obra únicamente hacia el futuro, o si produce efectos sobre las situaciones cumplidas con anterioridad a él.

Abundantes han sido los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la sentencia de inexequibilidad no tiene efecto retroactivo. Así lo sostuvo, por primera vez, en acuerdo de 17 de julio de 1915 al decir:

"Las sentencias de inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar hacia el futuro. Si tuvieren efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día" (Gaceta Judicial, Tomo XXIII, página 423).

Igual afirmación hizo en sentencia de 23 de febrero de 1927, diciendo que "razones de orden público exigen que la inexequibilidad no produzca efectos para lo pasado, pues aunque el peticionario no vea la inseguridad social que aquélla traería consigo, es innegable que existiría, pues todos los ciudadanos en sus transacciones y negocios tienen que atenerse a la ley que está vigente para estos o aquellos com-

promisos y proceder de acuerdo con ella. De modo que si una sentencia de inexequibilidad de aquella ley viniera a desconocer los efectos que se habían producido, las relaciones jurídicas de los interesados en los actos y contratos no tendrían estabilidad ninguna". Sin embargo se admite, en este fallo, la "salvedad cuando se trate de derechos civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible, que entonces sí pudiera tener efecto para el pasado la inexequibilidad" (G. J. Tomo XXXIV, página 127).

También en sentencia de cinco de agosto de 1955, repitió aquella misma doctrina, pues dijo: "Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en el pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor" (G. J. Nº 2220, Indice y Jurisprudencia del Tomo XCI, extracto Nº 305).

Mas, esta reiterada doctrina no lleva necesariamente a que puedan confundirse los conceptos de inexequibilidad y de derogación de la ley, aunque la misma Corte Suprema dijera en alguna ocasión que son conceptos, de ordinario, equivalentes.

Al respecto en un sonado negocio, en que se discutía este tema, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 23 de noviembre de 1964, se expresó así:

"Para la Sala no es lo mismo la derogación que la inexequibilidad, porque la primera, llámese abolición, abrogación o derogación, "no puede tener lugar sino en fuerza de una ley posterior, esto es, de un acto emanado del poder legislativo y revestido, por consiguiente, de todas las formas exigidas para la existencia y eficacia de la ley", según el profesor Nicolás Coviello; en cambio, la declaración de inexequibilidad es una decisión jurisdiccional, un fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, mediante demanda de inconstitucionalidad instaurada por cualquier ciudadano. En la derogación, la ley se extingue por obra del mismo poder que le dio vida; en la inexequibilidad, la extinción se produce, por el contrario, por obra de un poder distinto. La derogación presupone la validez de la norma; en cambio, la inexequibilidad supone la invalidez. La derogación de la ley es atribución propia del Congreso (Art. 76 C. N.); la declaración de inexequibilidad es atribución de la Corte Suprema de Justicia (Art. 214 ibídem).

"La declaración de inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad. Así lo han admitido juristas como el doctor Fernando Garavito A., en su célebre estudio citado por el señor Fiscal y por el apoderado de la parte impugnadora, y, como el doctor Miguel Moreno Jaramillo quien no vacila en su libro de "Sociedades", al exponer las diferencias que existen entre los conceptos de "nulidad, suspensión, derogación, revocación, inaplicabilidad, en decir: "En la columna precedente no trazamos un renglón especial para la palabra **inexequibilidad**, porque en el fondo ésta significa tanto como **nulidad**. La sentencia de inexequibilidad de una ley, decreto u ordenanza por ser contrarios a la Constitución, equivale a una declaración de nulidad del acto" (Ob. Cit. Tomo III, página 903).

"Si, pues, para que haya derogación se requiere otra ley eficaz que extinga la primera, si para que una ley sea inexequible se requiere

una sentencia que declare que es contraria a la Constitución, la derogación y la inexequibilidad no pueden ser conceptos jurídicos equivalentes, pues son actos que difieren por sus autores, por sus motivos y por sus fines. En cambio, si tanto en derecho público como en derecho privado se dice que "está **anulado** un acto cuando, por sentencia definitiva, se consideró afectado de vicios que le impidieron producir efectos" (Moreno Jaramillo), la declaración de inexequibilidad sí equivale a la declaración de nulidad, pues no hace cosa distinta que decir que la ley estaba afectada del vicio de inconstitucionalidad que le impidió producir efectos. **"Inexequible** es lo que no produce efectos, lo que no tiene vida", dice el doctor Fernando Garavito en su mencionado estudio, porque "etimológicamente el vocablo **exequible** quiere decir con efecto, con valor, que puede ejecutarse o cumplirse, **quod effici potest".**

"Ahora bien, como la derogación no puede existir si no es válida la ley que la contiene, cuando se declara inexequible la ley derogatoria, quiere decir que ésta no tuvo eficacia para extinguir, para abolir, para derogar y, en consecuencia, subsiste en su vigencia la ley que se quiso derogar".

En el fallo cuyos apartes se acaban de transcribir, se advierte que sus consideraciones **coinciden** con el concepto que sobre el mismo punto controvertido, emitió la Sala de Negocios Generales con ponencia del Consejero doctor González Charry, como puede verse a las páginas 904 a 916 de los números 387-391 de los Anales del Consejo de Estado.

La misma tesis también ha sido sustentada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues en sentencia del 6 de junio de 1960, dijo:

"Los efectos propios de la declaración de inexequibilidad no son rigurosamente equiparables a los de la derogación de la ley. Cada una, la derogación y la declaración dicha, se rige, en sus efectos, por principios diversos, por más que puedan encontrarse puntos de contacto entre unos y otros efectos.

"Si, por ejemplo, es declarada inexequible una ley simplemente derogatoria de otra, es claro que ésta revive y adquiere su plena vigencia, por el solo hecho de la declaración de inexequibilidad. De otra suerte, la acción habría sido baldía, sin utilidad jurídica y práctica real. El principio establecido en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 no tiene aplicación alguna en tal caso, pues el fallo de inexequibilidad no deroga la ley acusada sino que declara la imposibilidad jurídica de que se mantenga como ordenamiento obligatorio, precisamente como violadora de otro ordenamiento superior" (Gaceta Judicial, Tomo XCII, números 2225-2226, página 1034).

De las doctrinas que se dejan transcritas, se deducen las conclusiones siguientes:

1ª Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan.

2ª Los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia que la declara inexequible, subsisten, porque el fallo no tiene efecto retroactivo, salvo "cuando se trate de derechos

civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible", pues, en este caso, sí puede tener efecto para el pasado la inexequibilidad, como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 23 de febrero de 1927, arriba citada; y,

3ª Cuando se declara inexequible una ley derogatoria de otra, subsiste, revive o recobra su plena vigencia la ley que se quiso derogar.

En consecuencia, los interrogantes que formula la consulta se responden así:

Primero. No son inválidos los actos y contratos celebrados por la Empresa de Teléfonos de Bogotá, con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de inexequibilidad del artículo 77 del Decreto legislativo 3133 de 1968, por el hecho de que fueran aprobados por la Junta Directiva elegida con aplicación de tal artículo.

Segundo. La Junta Directiva elegida con aplicación del referido artículo, no puede seguir actuando válidamente desde la ejecutoria de la sentencia de inexequibilidad, porque, como consecuencia del fallo la norma inexequible no puede seguir produciendo efectos.

Tercero. Por la sentencia de inexequibilidad recobra su vigencia el acuerdo del Concejo Distrital que había sido derogado tácitamente por el artículo 77 del Decreto legislativo 3133 de 1968, declarado inexequible. En consecuencia, la Junta Directiva de la Empresa será la que se constituya conforme a este artículo.

En los términos anteriores absuelve la Sala la consulta anterior y, dispone en consecuencia que se transcriba al señor Ministro de Gobierno.

Guillermo González Charry, Alejandro Domínguez Molina, Luis Carlos Sáchica A., Alberto Hernández Mora.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETOS REGLAMENTARIOS

REGISTRO DE NOMBRES COMERCIALES.— La Ley 31 de 1925 ampara los derechos de los dueños de marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, garantizados por medio de títulos o certificados de registro (artículos 31 y 35). Ni esta ley ni la 94 del mismo año exigen el registro para los nombres comerciales, rótulos o enseñas. Sobre estos últimos solamente habla el artículo 62 de la Ley 31 diciendo: "No es necesario el registro de un nombre para usar los derechos acordados por esta ley". De suerte que lo que la ley ha estatuido es que solamente hay obligación de registrar lo concerniente a marcas de fábrica, comercio y agricultura. Si se ha estimado que las marcas y los nombres comerciales son sinónimos, se ha incurrido en un error.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., julio primero de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge de Velasco Alvarez).**

El doctor Germán Feged demanda, en acción pública, la nulidad del artículo 6º del Decreto 1707 de 1931 en la parte que establece: "Las clases de que trata el artículo 2º de la ley serán las siguientes: clase 14. Nombres comerciales, rótulos de establecimientos, almacenes, clubes, etc."

Este decreto fue dictado para reglamentar las Leyes 31 de 1925 y especialmente la 94 del mismo año que en su artículo 2º dispuso: "El registro o inscripción de las marcas de fábrica, comercio o agricultura, se hará por clases, según la naturaleza de los artículos o manufacturas a que se destine y de acuerdo con la clasificación que al respecto haga el poder ejecutivo".

Sostiene la demanda que ni la Ley 31 ni la 94 de 1931 exigen el registro de los nombres comerciales, por lo cual el Decreto 1707 desbordó la potestad reglamentaria al incluir entre las clases, (numeral 14) esos nombres comerciales.

Como disposiciones violadas el actor señala las siguientes: la Ley 31 de 1925 en sus artículos 31, 35, 42, 62 y 64; y el artículo 2º de la Ley 94 de 1931.

Al resolver sobre el recurso de suspensión provisional se dijo que era menester, para llegar a una conclusión sobre las peticiones de la demanda, estudiar si el artículo acusado comprende, para otorgar un registro, una clase distinta a las que la ley reglamentada consagra. De tal estudio que ahora hace la Sala resulta lo siguiente:

La Ley 31 de 1925 ampara los derechos de los dueños de marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, garantizados por medio de títulos o certificados de registro (artículos 31 y 35). Ni esta ley ni la 94 del mismo año exigen el registro para los nombres comerciales, rótulos o enseñas. Sobre estos últimos solamente habla el artículo 62 de la Ley 31 diciendo:

"No es necesario el registro de un nombre para usar los derechos acordados por esta ley".

De suerte que lo que la ley ha estatuido es que solamente hay obligación de registrar lo concerniente a marcas de fábrica, comercio y agricultura. Si se ha estimado que las marcas y los nombres comerciales son sinónimos, se ha incurrido en un error. Ya la Corte Suprema de Justicia (G. J. tomo LXXVII) dijo que "existen sustanciales diferencias entre nombres y marcas, claramente establecidas en la Ley 31 de 1925. Así por ejemplo de conformidad con el artículo 62 de dicha ley, no es necesario el registro de un nombre para usar los derechos reconocidos en ella, en cambio cuando una marca no se registra no preconstituye derecho alguno contra terceros".

El tratadista José Gabino Pinzón se expresa así en su "Derecho comercial": "Este signo distintivo constituye "una propiedad" para los efectos legales (Art. 57 de la Ley 31 de 1925) esto es, se trata de un bien que puede ser objeto de derechos reconocidos y protegidos por la ley. **Pero no es necesario el registro de un nombre para usar los derechos** acordados por la ley" (Art. 62 de la Ley 31 de 1925). De manera que basta el uso o posesión del nombre con su función distintiva de un empresario o de un establecimiento de comercio. La inscripción del mismo en el Ministerio de Fomento no representa ninguna ventaja especial para su propietario, ni mucho menos en favor de persona distinta del propietario mismo. **Por eso es censurable que se acepten y se sustancien solicitudes de registro de nombres comerciales.** Porque en primer lugar, el Ministerio de Fomento carece de atribuciones expresas para hacer el registro que no le ha sido encomendado en disposición legal alguna; y porque, en segundo **lugar, con estas inscripciones pueden crear sus conflictos que, aunque son simplemente aparentes, como queda dicho, constituyen un desorden que el Estado es el menos llamado a fomentar oficiosamente".**

Esto no quiere decir que los derechos sobre nombres y rótulos comerciales que amparan la ley queden desprotegidos y puedan ser usurpados, porque existen procedimientos legales para hacer respetar esos derechos.

De lo que se trata en este juicio es de resolver si el Gobierno podía —en uso de la potestad reglamentaria— formar una clase con los nombres comerciales.

El Decreto 1707 de 1931 es un decreto reglamentario y como tal no podía establecer clases con cuestiones no previstas en la ley, pues del texto mismo del artículo 2º de la Ley 94 de 1931 se deduce con toda claridad que el Gobierno no está facultado sino para formar las clases según la naturaleza de los artículos o manufacturas a que se destine el registro en cuanto hace a las marcas de fábrica, comercio o agricultura.

El decreto, pues, desbordó en esta parte la potestad reglamentaria y por ende violó la ley reglamentada.

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Es nulo el artículo 6º del Decreto 1707 de 1931 en la parte que dice: "clase 14 nombres comerciales, rótulos de establecimientos, almacenes, clubes, etc."

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECLARACION DE RENTA.— Personas residentes en el exterior.— **Al disponer el artículo 67 del Decreto 154 de 1968 que las personas jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia presenten declaración de renta y patrimonio amplió el alcance de la ley reglamentada, imponiendo una formalidad no prevista en ésta. Fuera de que es una obligación que el Gobierno no está en capacidad de hacer cumplir.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente número 1129. Juicio de nulidad del inciso segundo del artículo 67 del Decreto nacional número 154 de 1968. Retención en la fuente. Actor: James W. F. Raisbeck.

El abogado James W. F. Raisbeck pidió al Consejo de Estado declare la nulidad del inciso segundo del artículo 67 del Decreto número 154 de 1968, que textualmente dice:

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

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

Estima el demandante que el Gobierno extralimitó la potestad reglamentaria al disponer que las personas extranjeras residentes en el exterior, a quienes se les haya efectuado retenciones del impuesto sobre la renta, están en la obligación de presentar declaración de renta, porque tal cosa no la contemplan los estatutos que el mencionado decreto reglamenta. Y que es violatorio de los artículos 18 del Código

Civil y 57 del Código de Régimen Político y Municipal que establecen que las leyes obligan a los habitantes en Colombia, pero no a los extranjeros residentes en el exterior.

En el auto admisorio de la demanda se ordenó la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por aparecer a primera vista que era violatorio de normas superiores. E interpuesto recurso de súplica contra él por el Ministro de Hacienda y Crédito Público la Sala de Decisión lo confirmó.

Agotado el trámite propio del juicio ordinario y oído el concepto del Fiscal doctor Caro Escallón, que es favorable a las pretensiones del actor, es oportuno resolver sobre la materia sometida al conocimiento del Consejo.

Se considera

El Decreto número 154 de 1968 es reglamentario del Decreto-ley número 1366 de 1967, de la Ley 63 de 1967 y "de otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios" según se lee en su título. Y el Presidente de la República invoca para su expedición las facultades constitucionales del artículo 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional, que son las de ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Estudiadas con atención las normas legales que reglamenta el Decreto número 154 de 1968 en ninguna parte aparece que ellas impongan a las personas jurídicas residentes en el exterior beneficiarias de pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, como lo establece el inciso segundo del artículo 67 acusado.

Lo que el Decreto-ley número 1366 de 1967 ordena al respecto es que quien hace el pago debe retener el doce por ciento (12%) del valor nominal del mismo. Y que sólo se le aceptará la deducción si acredita la consignación de lo retenido a título de impuesto sobre la renta.

Sin duda alguna el legislador estimó que para que las personas extranjeras que reciban rentas sujetas a impuesto en Colombia cumplan con el deber de pagarlo, el sistema de retención en la fuente en la proporción y modo indicados es suficiente.

Al agregar el Gobierno en el decreto reglamentario que las personas jurídicas beneficiarias de los pagos deben presentar declaración de renta y patrimonio impuso una exigencia no prevista en la ley y rebasó, por lo tanto, la facultad constitucional contemplada en el artículo 120, ordinal 3º, ya que el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley y debe hallarse contenido en ella.

Es bueno rectificar la afirmación del actor de que la norma acusada es también violatoria de los artículos 18 del Código Civil y 57 del Código de Régimen Político y Municipal, porque estos artículos lo que consagran es el principio de la territorialidad de las leyes respecto de los habitantes del país, esto es, de las personas naturales, sean nacio-

nales o extranjeras residentes en Colombia; y el artículo 67 acusado se refiere es a las personas jurídicas extranjeras. Y como es bien sabido, según el derecho moderno, las personas jurídicas carecen de nacionalidad. Además, según el artículo 12 de la Constitución Nacional, la capacidad, el reconocimiento y régimen de las sociedades comerciales y demás personas jurídicas es atribución propia de la ley colombiana y a ella deben estar sometidas.

Lo que ocurre es que al disponer el Gobierno que las personas jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia presenten declaración de renta y patrimonio amplió el alcance de la ley reglamentada, imponiendo una formalidad no prevista en ésta. Fuera de que es una obligación que el Gobierno no está en capacidad de hacer cumplir.

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

Falla:

Declárase nulo el inciso segundo del artículo 67 del Decreto nacional número 154 de 1968, emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y publicado en el Diario Oficial número 32448.

Para los efectos de los artículos 120 y 132 del Código Contencioso Administrativo envíese copia de esta providencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

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

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO A LAS VENTAS.— Artículos exentos.— **Es nulo el ordinal b) del artículo 10 del Decreto reglamentario 2807 de 1966 en cuanto por medio de él se excluyen las exenciones reconocidas por el artículo 14 del Decreto legislativo número 1595 de 1966 adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Ref.: Radic. 1076. Nulidad del literal b) del artículo 10 del Decreto número 2807 de 1966. Demandante Ignacio Chiappe Lemus.

El Decreto legislativo número 1595 de 24 de junio de 1966 fue adoptado como legislación permanente por la Ley número 48 de 1968. El artículo 14 de ese estatuto dice: "No están sujetos al gravamen de que trata el Decreto 3288 de 1963 las ventas de lociones, perfumes, aguas de colonia y alhucemas y licores nacionales que produzcan los departamentos, pero sí estarán sujetos a dicho gravamen los producidos por los particulares".

La disposición demandada reza así:

"Artículo 10. **Para todos los efectos del impuesto a las ventas**, se hacen las siguientes aclaraciones:

b) Se entiende por artículos cuya venta o permuta está exenta o simplemente artículos exentos, aquellos expresamente enumerados por el artículo 1º inciso 2º del Decreto 3288 de 1963, el parágrafo del artículo 12 del Decreto 377 de 1965 y el artículo 17 del Decreto 1881 de 1966".

Ocurre que en ninguno de los preceptos mencionados en la disposición transcrita están incluidos como bienes exentos aquellos de que trata el Decreto 1595 de 1966 en su artículo 14 o sea las lociones, perfumes, aguas de colonia y alhucemas y licores nacionales que produzcan los departamentos.

Como se hizo notar en el auto que decretó la suspensión provisional, el efecto teórico y práctico del Decreto 2807 de 1966, que es regla-

mentario, fue el de excluir de la exención del impuesto a las ventas los productos fabricados por las empresas departamentales a los que se había otorgado la gracia de la exención por medio de decreto legislativo convertido en ley permanente.

En pocas ocasiones resulta tan flagrante la desviación de poder con el pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por consiguiente la deducción natural no reclama doctrinas distintas a las muy antiguas abundantes y repetidas por el Consejo de Estado en lo atinente a los límites de la potestad reglamentaria con el pretexto de cuyo ejercicio no pueden ser derogadas las leyes.

Por tanto el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del Fiscal doctora Aydee Anzola,

Falla:

Es nulo el ordinal b) del artículo 10 del Decreto reglamentario 2807 de 1966 en cuanto por medio de él se excluyen las exenciones reconocidas por el artículo 14 del Decreto legislativo número 1595 de 1966 adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

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

El anterior fallo fue estudiado y aprobado en sesión de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del treinta de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

LOTERIAS.— Tanto el Decreto 307 de 1940 como el 057 de 27 de enero de 1969 impusieron a las gerencias o administraciones de todas las loterías establecidas o que se establezcan en el país, una obligación no prevista en la ley cual es la de consignar el impuesto del 2% antes del sorteo, vale decir, antes de que se haya causado porque éste se hace exigible sólo con posterioridad a la verificación de aquél.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

El doctor Alberto Arias Gutiérrez, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en los artículos 62 a 66 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante el Consejo de Estado la nulidad de las siguientes disposiciones:

1º Que se declare la nulidad total o parcial de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto número 307 de 15 de febrero de 1940, por el cual el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 143 de 1938, decreto publicado en el Diario Oficial número 24298 que se acompañó al libelo.

2º Que se declare la nulidad total o parcial del literal a) artículo 2º del Decreto 057 de 27 de enero de 1969 en cuanto dispone que los departamentos, intendencias y comisarías que se beneficien con el impuesto del 2% sobre premios de loterías que les fueron cedidos por la Ley 33 de 1938 (sic), organizarán su administración y recaudo en tal forma que "los procedimientos para percibirlos se ciñan a las leyes y decretos que los crearon y reglamentaron" y en cuanto dispone que "el impuesto del 2% sobre los premios de loterías, creados por el artículo 2º de la Ley 143 de 1938, seguirá descontándose a los favorecidos con tales premios por las gerencias o administraciones de todas las loterías establecidas o que se establezcan en el país las cuales lo consignarán antes de cada sorteo en las beneficencias respectivas, conforme al Decreto 307 de 1940". Este decreto acusado es reglamentario de la Ley 33 de 1968 y aparece publicado en el Diario Oficial número 32713.

El actor considera que el Decreto reglamentario 307 de 15 de febrero de 1940 en los artículos enjuiciados viola el artículo 2º de la

Ley 143 de 1938 porque obliga a las gerencias y administraciones de las loterías a consignar el impuesto antes de la verificación del sorteo cuando según la ley tal impuesto deben pagarlo los favorecidos con los premios. Al efecto razona así:

"Se tiene que en razón de los ordenamientos legales, el impuesto del 2% fue establecido a cargo de las personas favorecidas con premios de cien pesos ($ 100.00) o más, en las loterías establecidas o que se establezcan en el país. Y según la reglamentación contenida en los decretos cuya nulidad parcial estoy solicitando, ese impuesto del 2% se está haciendo efectivo sobre los planes de premios, en cuanto éstos resulten superiores a $ 100.00 y se está haciendo recaer sobre todos los premios, inclusive sobre aquellos que no quedan en poder del público. El impuesto del 2%, además, según los reglamentos que estoy acusando, se cobra y percibe de las loterías, antes de efectuado el respectivo sorteo, contra lo preceptuado por la Ley 143 de 1938, que ordena descontar la participación a los favorecidos, al momento de pagar los premios, en las oficinas de las loterías. Esta es la síntesis de la cuestión de hecho".

En el segundo aspecto presenta así los hechos y fundamentos de derecho para la declaratoria de nulidad:

La Ley 33 de 1968 cedió a favor de los departamentos, intendencias y comisarías algunos impuestos, entre ellos, el 2% establecido por el artículo 2º de la Ley 143 de 1938, agregándose que la cesión se hacía en las condiciones señaladas en los artículos 2º y 3º de la Ley 1ª de 1961.

Pero ocurre que el decreto reglamentario de la misma, marcado con el número 057 de 1969, en su artículo 2º, vuelve a hacer recaer ese 2% en los planes de premios y dispone que las loterías deben consignarlos antes de cada sorteo en las beneficencias respectivas, es decir, se establece una continuidad con el sistema del Decreto 307 de 1940, que también es ilegal.

Al extralimitarse en la forma de reglamentar este decreto viola la Ley 143 de 1938, artículo 2º, la 1ª de 1961 artículos 2º y 3º y la 33 de 1968, artículo 1º literal a).

Por causa de la extralimitación el Gobierno Nacional en las disposiciones reglamentarias, violó también el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y el 12 de la Ley 153 de 1887, según el cual las órdenes y actos del Gobierno expedidos en el ejercicio de la potestad reglamentaria son obligatorios mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes.

Comunicada la demanda al Gobierno por conducto de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Salud y del Trabajo dichas entidades guardaron silencio.

El actor alegó de conclusión; el señor Fiscal 3º del Consejo doctor Eduardo Aguilar Vélez conceptuó favorablemente a las súplicas de la demanda. Como se ha agotado el trámite ritual procede el Consejo a tomar una determinación, previas las consideraciones que se expresan en seguida:

Es tan abundante, tan continua, tan reiterada, la doctrina del Consejo de Estado sobre la forma como debe ejercerse la potestad reglamentaria por el poder ejecutivo que repetirla en cada una de las numerosas providencias que vienen dictándose como consecuencia del alud de demandas que están cayendo sobre esta corporación, no haría más que alargar innecesariamente las providencias; y es que no resulta exagerado afirmar que es tanto lo que se ha dicho sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria que ya la doctrina es conocida hasta en los círculos ajenos a las faenas jurídicas. En consecuencia, la Sala se limita ahora a hacer un cotejo entre las disposiciones sustantivas y las reglamentarias acusadas para ver si su pensamiento coincide con el del actor respecto a su injuridicidad.

El artículo 2º de la Ley 143 de 1938 preceptúa:

"Artículo 2º Las personas favorecidas con premios de cien pesos ($ 100.00) o más, en las loterías establecidas o que se establezcan en el país, pagarán con destino exclusivo a las escuelas de ciegos o de ciegos y sordomudos, un dos por ciento (2%) en cada sorteo sobre el valor correspondiente a sus premios. Esta participación será descontada a los favorecidos en las oficinas de las loterías, y recaudada por las Administraciones de Hacienda Nacional de cada departamento. La suma recaudada será distribuida por el Ministerio de Hacienda, descontando previamente la participación de la Federación Nacional de Ciegos y Sordomudos de que habla más adelante, entre las instituciones de ciegos y sordomudos que funcionan en el país, en proporción al personal que atienda cada una de ellas".

La indicada ley fue reglamentada por el Decreto 307 de 15 de febrero de 1940, los artículos 1º a 4º, que son materia de la demanda, dicen textualmente:

"Artículo 1º Las gerencias o administraciones de todas las loterías establecidas o que se establezcan en el país, quedan obligadas a consignar en las Administraciones de Hacienda Nacional, al mismo tiempo con el impuesto creado por la Ley 12 de 1932, antes de la verificación de cada sorteo, el dos por ciento (2%) del valor de todos y cada uno de los premios de cien o más pesos que se vayan a rifar en el respectivo sorteo.

Artículo 2º Las autoridades encargadas de conceder permiso para la verificación de los sorteos de loterías, no lo podrán dar mientras no se les presente el comprobante de haber consignado en la Administración de Hacienda Nacional, tanto el impuesto establecido por la Ley 12 de 1932 como el dos por ciento (2%) del valor de cada premio de cien o más pesos de los que se vayan a rifar en el respectivo sorteo.

Parágrafo. El funcionario que concediere el permiso sin que se hubieren llenado los requisitos establecidos en el presente artículo, incurrirá en una multa de cincuenta a mil pesos, que le será impuesta por el Administrador de Hacienda ante quien debió verificarse el pago.

Artículo 3º Los empleados de Hacienda Nacional, al expedir el recibo correspondiente al dos por ciento (2%) de cada premio

de cien o más pesos que se vaya a rifar, harán constar el número y valor de cada uno de estos premios; el número y serie de billetes emitidos para el sorteo, el número de éste, la fecha y lugar donde deba verificarse.

Artículo 4º Las gerencias o administraciones de las loterías quedan en la obligación de enviar por duplicado, a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, los planes de sorteos en vigencia y los de los sorteos extraordinarios que se proyecte verificar, y darán aviso oportuno a la misma entidad de cualquier cambio que se haga en tales planes. Los duplicados de los planes y avisos que envían las gerencias o administraciones de las loterías a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, serán enviados por ésta a la Contraloría General de la República, para efecto de la fiscalización de los recaudos hechos por los Administradores de Hacienda".

Es muy clara la norma reglamentada al establecer que el 2% del impuesto debe cobrarse sobre el correspondiente valor de los premios y agrega: "Esta participación será descontada a **los favorecidos** en las oficinas de las loterías, y recaudada por las Administraciones de Hacienda Nacional de cada departamento". (Se subraya). Se crea así una obligación para las oficinas de las loterías que bien puede tomarse como retención en la fuente, de descontar el impuesto a quienes resulten beneficiados con la suerte, lo que obviamente supone que tal retención debe realizarse con posterioridad al sorteo y en el momento de realizar el pago.

En cambio, los tres primeros artículos del decreto reglamentario transforman el sistema imponiendo a las gerencias o administraciones de todas las loterías establecidas o que se establezcan en el país, una obligación no prevista por la ley cual es la de consignar el impuesto aludido antes del sorteo, vale decir, antes de que el impuesto se haya causado porque éste se hace exigible sólo con posterioridad a la verificación de aquél.

Tenemos entonces que los tres primeros artículos del Decreto 307 violan la ley reglamentada por estos aspectos: a) Al exigirse en el artículo 1º que las gerencias o administraciones de las loterías consignen el impuesto del 2%, lo mismo que el de la Ley 12 del 32 "antes de la verificación de cada sorteo"; b) Al disponerse en el artículo 2º que las autoridades que deben otorgar el permiso para los sorteos "no lo podrán dar mientras no se les presente el comprobante de haber consignado en la Administración Nacional" el valor de los dos impuestos aludidos. Resulta aquí un nexo indudable y claro entre el artículo 1º que exige la consignación y el 2º que prohibe otorgar el permiso sin el comprobante de la misma; c) Como consecuencia de lo anterior el artículo 3º viola la ley en cuanto da una pauta a seguir por los empleados de Hacienda Nacional para la expedición de los recibos. El aspecto aquí es más adjetivo pero hay que aceptar indudablemente que si los dos primeros artículos violan la ley, el 3º por lo menos indirectamente también lo hace puesto que es consecuencia natural de los anteriores.

Es de advertir que el impuesto creado por el artículo 7º ordinal 2º de la Ley 12 de 1932, fue subrogado por la Ley 1ª de 1961, luego quedó

sin efecto respecto al mismo lo establecido en los artículos 1º y 2º del Decreto 307 de 1940.

Resulta muy atinado y jurídico lo que anota el actor en su alegato de conclusión para realzar la ilegalidad del decreto en los artículos señalados. Dice así el doctor Arias Gutiérrez:

"Los **sujetos pasivos** del impuesto en cuestión vienen a ser, de acuerdo con la ley que lo creó (Ley 143 de 1938) "las personas favorecidas con premios de $ 100.00 o más en las loterías establecidas o que se establezcan en el país", y esto resulta más evidente cuando la ley habla de "participación". Vale decir que se produce un descuento a los respectivos premios, si se quiere un "destare", o en términos de juego una "maquila", que deben soportar los favorecidos con premios de la dicha cuantía. Hay, pues, un contribuyente designado por la ley para realizar el pago; existe lo que los economistas llaman percusión del impuesto: el contribuyente **percutido** equivale a contribuyente **legal** o sea el que adeuda el impuesto al erario.

El **momento de causación** del impuesto viene a ser, a no dudarlo, según los términos de la ley, el del sorteo de los premios. Sin sorteo no puede hablarse de "personas favorecidas con premios." Es la premiación la que indica el momento en que el Fisco resulta con derecho a percibir el tributo. Antes del sorteo no podrá hablarse sino de expectativa, que es una simple esperanza.

La **base del impuesto**, o sea el objeto gravado, lo constituyen los premios ganados por el público en los respectivos sorteos. El legislador supone, en este caso, que el hecho de que una persona reciba una ganancia ocasional, que le llega por un motivo de azar o de golpe de suerte, es circunstancia propicia para gravar un capital, sea éste pequeño o grande. El Fisco aprovecha un momento psicológico del contribuyente potencial, porque quien recibe a título gratuito una suma de dinero, paga sin esfuerzo una parte, y también sin protesta, máxime cuando sabe que esa participación tendrá una aplicación noble y altruista. El caso es similar al del impuesto a las sucesiones.

Estos tres factores, **sujeto pasivo, momento de causación** y **base del impuesto** resultan fundamentales y no pueden ser desconocidos, variados o tergiversados con motivo del recaudo y menos cuando el **modus operandi** de dicho recaudo quedó para ser detallado o previsto por la norma reglamentaria. Pero si dicha norma altera tales factores, ello significa que se sale de los límites trazados por la ley que pretende reglamentar. Y aquí ha ocurrido sencillamente eso".

No hay duda entonces que hubo desvío en la facultad reglamentaria en relación con los tres artículos comentados; el ejecutivo excedió los términos de la ley y exigió a las gerencias o administraciones de las loterías el cumplimiento de obligaciones que no señaló el legislador.

Mas no se encuentra ilegalidad alguna respecto del artículo 4º. En efecto:

La ley establece que el impuesto del 2% debe ser descontado a los favorecidos en las oficinas de las loterías y recaudado por las Administraciones de Hacienda Nacional de cada departamento; era natural, entonces, crear un control que permitiese saber si efectivamente se estaban haciendo los descuentos y la forma como las Administraciones de Hacienda estaban cumpliendo la misión recaudadora impuesta por la ley. Por ello se dispuso en el artículo 4º la obligación a las gerencias y administraciones de las loterías de enviar a la Jefatura de Rentas de Impuestos Nacionales los planes de sorteos ordinarios y extraordinarios; con ello se podrá saber la cuantía exacta de los premios y el valor que deben descontar las loterías a los beneficiados, valores que deben pasar a las Administraciones de Hacienda Nacional de los respectivos departamentos. Quiere decir entonces que no se observa aquí choque entre la norma sustantiva y la reglamentaria.

Se ocupa en seguida la Sala de la acusación contra el artículo 2º del Decreto 057 de 27 de enero de 1969.

La Ley 33 de 1968, por medio de la cual se provee al fortalecimiento de los fiscos seccionales y municipales, cedió a los departamentos, intendencias y comisarías el impuesto del 2% sobre premios de loterías establecido por el artículo 2º de la Ley 143 de 1938 en las condiciones señaladas en los artículos 2º y 3º de la Ley 1ª de 1961, condiciones que son:

a) El 10% sobre premios de loterías a que se refiere el artículo 13 de la Ley 69 de 1946, "únicamente podrá ser percibido en caso de que tales premios queden en poder del público". Y agrega en parte el ordinal 2º: "En tal evento el valor de dicho impuesto será **retenido directamente por las loterías** y entregado a las entidades competentes departamentales, **después de efectuado el pago de los premios**";

b) Cuando las loterías no sean administradas directamente por las beneficencias los impuestos establecidos para ellas se cobrarán "aun cuando los premios no hayan quedado en el público".

El Decreto 057 de 1969, por medio del cual se reglamentó la anotada ley dice en su artículo 2º que es el impugnado:

> "Artículo 2º Los departamentos, intendencias y comisarías que se beneficiarán con la cesión de los impuestos aludidos organizarán su administración y recaudo en tal forma que las tarifas sean las mismas actuales y que los procedimientos para percibirlos se ciñan a las leyes y decretos que los crearon y reglamentaron.
>
> En consecuencia, al efectuar los recaudos por conducto de las Administraciones Departamentales de Rentas o de las entidades que en cada departamento, intendencia o comisaría desempeñen esa función, deberán observarse los sistemas restablecidos, así:
>
> a) El impuesto del 2% sobre los premios de loterías, creado por el artículo 2º de la Ley 143 de 1938, seguirá descontándose a los favorecidos con tales premios por las gerencias o administra-

ciones de todas las loterías establecidas o que se establezcan en el país, las cuales **lo consignarán antes de cada sorteo** en las beneficencias respectivas, conforme al Decreto 307 de 1940" (se subraya).

Puede observarse, sin mayor esfuerzo, cómo el literal transcrito no hace otra cosa que adoptar el mismo procedimiento vedado del Decreto 307 de 1940, sólo que aquí la violación aparece más visible, más clara y protuberante dados los términos de la ley **reglamentada por lo menos en lo que se refiere a las loterías que son administradas por las beneficencias y ello por la sencilla razón de que la Ley 33 remite a las condiciones de los artículos 2º y 3º de la Ley 1ª de 1961**, como ya se anotó, y el ordinal 2º de esta ley es muy enfático al determinar que el impuesto debe ser retenido por las loterías y entregado después de efectuado el pago de los premios y además que sólo podrá ser percibido en caso de que tales premios queden en poder del público. Consecuencia lógica:

El 2% del impuesto a que se refiere el artículo 2º de la Ley 143 del 38 será retenido por las loterías y entregado a las entidades competentes, después de efectuado el pago de los premios. En otras palabras: las gerencias o administraciones de las loterías, según la ley sustantiva no están en la obligación de consignar el valor de tal impuesto antes de los sorteos.

Es importante aclarar que aunque en el ordinal 2º de la parte petitoria de la demanda se solicita que se decrete la nulidad del artículo 2º en cuanto a la expresión que dice que "los procedimientos para percibirlos se ciñan a las leyes y decretos que los crearon y reglamentaron", como la Ley 33 cedió varios impuestos cuyos reglamentos no han sido impugnados, sólo se accederá a decretar la nulidad de la parte que dice "y reglamentaron" en cuanto ella abarca el reglamento relativo al impuesto del 2% creado por la Ley 143 de 1938.

Las consideraciones anteriores llevan al Consejo a la conclusión de que debe accederse a las súplicas de la demanda, con excepción del pedimento relativo al artículo 4º del Decreto 307 de 1940.

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

Falla:

1º Son nulos los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto número 307 de 15 de febrero de 1940, por el cual el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 143 de 1938.

2º Es nulo el artículo 2º del Decreto 057 de 27 de enero de 1969 por el cual se reglamenta la Ley 33 de 1968 en la parte que dice "y reglamentaron" en cuanto dicha expresión se refiere al 2% sobre los premios de loterías, establecido por el artículo 2º de la Ley 143 de 1938.

3º Es igualmente nulo el literal a) del indicado artículo 2º del Decreto reglamentario 057 de 27 de enero de 1969.

4º No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 30 de octubre de 1969.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

VIGILANCIA PRIVADA.— En principio, de los servicios públicos esenciales del Estado está excluida la coparticipación de particulares; el poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la seguridad, la vigilancia, etc. Tales servicios se prestan ajenos a cualquier mira utilitaria. Obsérvese que el Decreto-ley 918 de 1949 preceptuaba que las funciones de policía sólo serían ejercidas por el Estado y prohibía el funcionamiento de las sociedades de vigilancia e investigación privadas. Asimismo el Decreto 2670 de 1954 prohibió en principio el libre funcionamiento de tales sociedades, sin embargo de lo cual abrió la puerta para que pudieran existir fijando requisitos para su funcionamiento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., octubre veintidós de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**).

Ref.: Expediente número 1089. Actor: Nelson Robles. Nulidad y suspensión provisional de la Resolución número 2501 de 7 de noviembre de 1966, dictadas por el Presidente de la República y el DAS, respectivamente.

Encaminada por la vía de la acción pública, solicita el actor en la demanda con que se ha iniciado el presente juicio, declaratoria de nulidad del Decreto 2670 de 1954 que dictaron el Presidente de la República y el Jefe del Servicio de Inteligencia Colombiano en cuanto reglamenta el funcionamiento de entidades privadas que prestan servicios de vigilancia; y de la Resolución número 2501 de 1966 del Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, por la cual se reglamenta la constitución y funcionamiento de sociedades y empresas particulares de vigilancia. Subsidiariamente se pide decretar la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 del citado decreto y de la de cada uno de los artículos de la resolución ya mencionada.

Se dice en los hechos de fundamento que el Decreto 2670 fue dictado por el Presidente y el Jefe del Servicio de Inteligencia sin que lo hubiera autorizado ninguno de los ministros. Que el parágrafo del Decreto extraordinario (sic) 2872 de 1953 en que se fundamenta el

Decreto 2670 no faculta al Gobierno para reglamentar el funcionamiento de las entidades privadas de vigilancia, sino que se refiere exclusivamente a las de investigación. Que la Resolución 2501 acusada prohibe la constitución y funcionamiento de sindicatos de trabajadores que ejerzan el oficio de celadores o vigilantes e impide el libre ejercicio de esa actividad. Que el Decreto 1717 de 1960, en desarrollo del 2670 de 1964, entre las funciones generales de la División de Policía Judicial, señala artículo 15 literal g): "Reglamentar la constitución y funcionamiento de empresas de sociedades particulares de vigilancia". Y tal disposición no autoriza al Departamento Administrativo de Seguridad para reglamentar la constitución y funcionamiento de sociedades, sino de empresas de vigilancia, que son unidades económicas dependientes o no de alguna sociedad.

En el capítulo destinado a señalar las disposiciones que estima violadas y el concepto en que lo han sido, la demanda expresa que lo son estas: Artículo 75 del Código de Régimen Político y Municipal conforme al cual los decretos deben ser autorizados con la firma de alguno o algunos de los ministros del despacho, lo que ocurrió con el acusado. El artículo 57 de la Constitución Nacional en donde se dispone que ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento de ministros y jefes de departamentos administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el jefe del departamento correspondiente, quienes por el mismo hecho se constituyen responsables. Al reglamentar el funcionamiento de entidades de vigilancia, fue excedida la potestad reglamentaria infringiendo así el parágrafo del artículo 19 del Decreto 2872 de 1953 y el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. El Decreto 2670 de 1954 burla la disposición del artículo 30 de la Carta cuando entra a reglamentar el oficio de vigilantes, prohibiéndolo a muchas personas naturales. Por último se predica de este acto que quebranta el artículo 44 de la Constitución que permite formar sociedades que no sean contrarias a la moral y al orden legal; la reglamentación del Decreto 2670 cambia el orden establecido por la ley y prescribe otro orden nuevo, sin que sea una ley sino simplemente una disposición reglamentaria.

Por cuanto hace a la resolución que la demanda pide anular, se dice que ella participa de los mismos vicios del decreto acusado y, además viola los artículos 39, 44, 76 y 120 de la Constitución Nacional porque la reglamentación que ella contiene es atribución expresa de la ley y este acto asume potestades reservadas a ella. Porque a los particulares les es permitido formar compañías, asociaciones etc., que no sean contrarias a la moralidad y al orden legal y ese orden es establecido por la ley misma porque al prohibir los sindicatos de vigilantes o celadores particulares, modifica el Código de Comercio y reforma o deroga disposiciones que hacen parte de éste y del Código Sustantivo del Trabajo.

Pedida la suspensión provisional de los dos actos demandados, ésta fue negada porque se estimó que las tachas que se les hacen son cuestiones de fondo y de derecho cuyo estudio está reservado a la sentencia.

La Fiscalía Cuarta, a cargo de la doctora Aydee Anzola, solicita en la vista de fondo que se acceda a lo pedido en la demanda, porque excedió la potestad reglamentaria cuando lo hizo no solamente para el

funcionamiento de entidades de investigación sino para las de vigilancia, asuntos bien diferenciados y distintos, porque la reglamentacion de las profesiones es del resorte exclusivo del legislador y, finalmente, porque el Decreto legislativo 2872 de 1953 no confiere al ejecutivo facultades extraordinarias para reglamentar ninguna profesion.

El enjuiciado Decreto 2670 de 1954 que reglamenta el funcionamiento de entidades privadas de investigación y de vigilancia, dictado en uso de facultades legales y en desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 19 del Decreto extraordinario 2872 de 1953, dispone en su artículo 1º que no podrán funcionar entidades privadas de investigación y de vigilancia sino mediante licencia expedida por el Jefe del Servicio de Inteligencia.

En su artículo 2º manda que las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicio privado de investigación y vigilancia deberán constituir una sociedad para tales efectos, registrada en la Cámara de Comercio y obtener personería jurídica.

El artículo 3º somete a las entidades que venían funcionando con tal carácter a las formalidades del decreto y les señala plazo para cumplirlo.

El artículo 4º las sujeta a la vigilancia y control del S. I. C.

El 7º las obliga a colaborar con el Servicio de Inteligencia Colombiano cuando éste así lo ordene.

El 8º dispone que el servicio de vigilancia sólo podrá prestarse para la seguridad del comercio o de las residencias particulares.

El 9º dice que la Jefatura del Servicio de Inteligencia reglamentará mediante resolución especial, los requisitos que deben llenar las sociedades y los empleados a su servicio.

El 10 faculta al S. I. C., para imponer multas por infracciones que las sociedades o sus empleados cometan en relación con el decreto.

El 11 previene la constitución de fianzas que tales sociedades deben otorgar.

Y, el 12 deroga las disposiciones contrarias a las del decreto.

Por su parte, la Resolución 2501 de 1966, reglamenta la constitución y funcionamiento de las empresas o sociedades particulares de vigilancia en busca de eficaz prestación de los servicios y de seria garantía para los asociados. Esta resolución que consta de 32 artículos ha sido demandada en bloque.

El parágrafo del artículo 19 del Decreto extraordinario 2872 en cuyo desarrollo se dictó el acto sub lite, dice que el Gobierno reglamentará la forma como pueden funcionar entidades investigativas de carácter particular.

Para resolver, se considera

Por cuanto hace a la primera tacha, la de que el acto carece de autorización del ministro del ramo, asiste razón a la Fiscalía cuando

conceptúa que el decreto legislativo que creó el Servicio de Inteligencia Colombiano, contempló que éste sería un departamento administrativo y que no debe perderse de vista que los actos del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y jefes de departamentos administrativos, deben ser refrendados bien por el ministro o por el jefe del departamento administrativo correspondiente, es decir, por uno o por otro, en forma disyuntiva y no copulativa.

Agréguese a esto que el artículo 1º del Decreto 1050 de 1968 prescribe que la Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional, se integra con los siguientes organismos: a) Presidencia de la República; b) Ministros y Departamentos Administrativos; c) Superintendencias; y d) Establecimientos Públicos. Por manera que el dicho Servicio de Inteligencia, hoy Departamento Administrativo de Seguridad DAS, hacía y hace parte de la administración, más concretamente de la Rama Ejecutiva, vale decir del Estado y como tal puede actuar jurídicamente a su nombre. Los avances acelerados y profundos de la ciencia jurídica administrativa han creado estas entidades que, como los establecimientos públicos, son integrantes de la Administración, de la Rama Ejecutiva del Poder, del Estado, Gobierno, Rama Ejecutiva, Administración Pública, son términos que se entrelazan y confunden. Nadie podría desconocer que en la hora actual del Derecho Administrativo, Administración y Gobierno son una sola y misma cosa.

Sostiene la demanda que el parágrafo del artículo 9º del Decreto extraordinario 2872 de 1953 no autoriza al Gobierno para reglamentar el funcionamiento de entidades privadas de vigilancia porque se refiere exclusivamente a las de investigación. Empero debe observarse que la función investigativa estaba por entonces adscrita a la Policía Judicial y dependiente de ella. Recuérdese que el Decreto 1717 de 1960, citado por el actor, que fue el que creó el Departamento Administrativo de Seguridad, en el literal g) de su artículo 15 trae como función de la Policía Judicial la de reglamentar la constitución y funcionamiento de empresas de sociedades particulares de vigilancia. Aquí se encuentra, pues, la facultad legal para hacerlo. Esa y todas las funciones de la Policía Judicial, pasaron por mandato del Decreto 3169 de 1968 reorgánico del Departamento Administrativo de Seguridad, a esa institución, el artículo 1º de este Decreto en su numeral d) adscribe al departamento ejercer permanentemente las funciones de Policía Judicial y los numerales e) y f) de su artículo 5º, así como el f) del artículo 12 dan atribuciones al Departamento Administrativo de Seguridad para reglamentar lo relativo a entidades privadas de vigilancia y vigilar el cumplimiento de los contratos que celebre para tales efectos con entidades públicas y privadas. De donde se deduce claramente que la autorización aludida del Decreto 1717 se mantuvo en toda su vigencia. Y es explicable todo esto; en principio, de los servicios públicos esenciales del Estado está excluida la coparticipación de particulares; el poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la seguridad, la vigilancia, etc. Tales servicios se prestan ajenos a cualquier mira utilitaria. Obsérvese que el Decreto-ley 918 de 1949 preceptuaba que las funciones de policía sólo serían ejercidas por el Estado y prohibía el funcionamiento de las sociedades de vigilancia e investigación privadas. Asimismo el Decreto 2670 de 1954 prohibió en principio el libre funcionamiento de

tales sociedades, sin embargo de lo cual abrió la puerta para que pudieran existir fijando requisitos para su funcionamiento.

Así, pues, por excepción estos servicios comenzaron a prestarse en colaboración con particulares que forman sociedades o entidades para el fin propuesto y que miran éstas si al interés lucrativo y que deben someterse al principio constitucional de que el interés privado debe ceder al público o social superior a cualesquiera otras consideraciones.

La demanda argumenta que la disposición del Decreto 1717 no faculta al Departamento Administrativo de Seguridad "para reglamentar la constitución y funcionamiento de sociedades, sino de las empresas de vigilancia que son unidades económicas, organizaciones económicas, dependientes o no de alguna sociedad". No es así: la sociedad como la empresa, es un ente jurídico, una entidad y desde luego que puede reglamentarse, como lo admite el actor, el funcionamiento de empresas de vigilancia, fluye claramente que también podrá hacerse con las sociedades de vigilancia.

Los particulares forman entidades o sociedades adscritas a tal servicio público y por ese solo hecho adquieren obligaciones inherentes a tal calidad o condición y se comprometen a anteponer al suyo propio el interés público o social de la comunidad y a someterse a los requisitos que el Gobierno imponga en la prestación del servicio.

Por estas mismas razones y por otras, tampoco acoge la Sala el argumento de la Fiscalía en donde se comparte el del demandante, de que el acto en juicio quebrantó la norma del artículo 39 de la Carta porque la reglamentación de la profesión de vigilante no compete al Presidente de la República sino a la rama legislativa. Esta, la de vigilante, no es una profesión sino un oficio para el cual no se requieren títulos académicos de idoneidad y la norma de la Carta, facultativa, se refiere al ejercicio de las profesiones, vale decir, a aquellas respaldadas por título universitario. Además, no es posible considerar el servicio público de vigilancia como mercancía cualquiera o como actividad sin hondo sentido de bien público y social, de orden público cuyo mantenimiento y conservación corresponde exclusivamente al Gobierno. Por último, no se trata de desconocimiento o quebranto del derecho de asociación que la Carta consagra, sino de reglamentar la prestación de uno de los más importantes servicios, cuya eficacia, seriedad, honestidad y garantía deben estar plenamente aseguradas cuando son los particulares adscritos a él quienes van a prestarlo.

Bastan las consideraciones anteriores para desestimar los cargos que la demanda formula y los argumentos de la vista fiscal. Así, pues, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto fiscal y en desacuerdo, en parte, con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **niega las súplicas de la demanda.**

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Arango Henao, Enrique Acero Pimentel, Jorge de Velasco Alvarez, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RETENCION EN LA FUENTE.— La retención de un impuesto en la fuente supone, como es obvio, la existencia previa del bien o de la actividad gravada con él, así como la causa siempre debe anteceder cronológicamente a su efecto. Son nulos el ordinal b) del artículo 1º y los artículos 12, 13, 14 y 15 del Decreto reglamentario 320 de 1969.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., noviembre trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Juan Hernández Sáenz**).

El doctor James W. F. Raisbeck solicitó del Consejo que declarara la nulidad de los artículos 1º, ordinal b); 12, 13, 14 y 15 del Decreto reglamentario 320 de 1969 por encontrarlos violatorios de los artículos 120, ordinal 3º, de la Constitución y 6º del Decreto-ley 3190 de 1963. Sostuvo además que mediante las disposiciones impugnadas se reprodujeron en esencia otras que habían sido suspendidas provisionalmente, con lo cual se quebrantaron los artículos 99 y 100 del Código Contencioso Administrativo, tesis sobre la cual el actor no volvió a insistir en el curso del juicio.

Afirma la demanda que los textos acusados exceden la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 120, ordinal 3º, de la Constitución, porque rebasan los alcances de lo estatuido en el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963 al establecer un sistema de autorretención o de pago anticipado de impuestos por parte de los contribuyentes, que es absolutamente distinto del de la retención del tributo en la fuente, autorizado en el aludido artículo 6º, por cuanto implica el cobro del gravamen no en el momento de percibirse el ingreso, como es lo normal y lógico, sino desde antes de que ello ocurra, debiendo pagarse entonces el impuesto con dineros pertenecientes de antemano a quien lo satisface y no con una parte de la renta recibida y gravada, como lo exige el verdadero método de retención en la fuente.

Asevera también que en las disposiciones demandadas se incurre en el error de confundir el origen del impuesto, que es el contribuyente, con el origen de la renta, que es la persona que le hace un pago a aquél, para involucrar en un mismo sistema, el de la retención en la fuente, dos situaciones antagónicas: la del descuento del impuesto en el momento de recibirse el ingreso, que sí es retención verdadera, y la

del cobro de un anticipo del gravamen a buena cuenta de rentas futuras, que debe pagar en forma directa el contribuyente, sin haber percibido todavía ninguna renta gravable, cobro que en modo alguno está autorizado por el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963, invocado como fundamento de aquellas disposiciones.

En el auto del 5 de mayo de 1969, admisorio de la demanda, fueron suspendidos provisionalmente los textos acusados. E interpuesto recurso de súplica contra esa providencia, en auto del 12 de junio siguiente, fue confirmada por la Sala de Decisión.

Tramitado el juicio, nuevamente el actor insistió en considerar ilegales las normas suspendidas. Y el doctor Eduardo Aguilar Vélez, Fiscal 3º del Consejo, conceptuó que debía accederse a las peticiones del libelo.

Estos son los antecedentes del asunto que ahora corresponde dirimir a la Sala, previas las consideraciones que en seguida se expresan:

La retención de un impuesto en la fuente supone, como es obvio, la existencia previa del bien o de la actividad gravada con él, así como la causa siempre debe anteceder cronológicamente a su efecto.

No puede pues nunca pretenderse que la exigencia del pago de un tributo como abono al que corresponda satisfacer por las rentas u otros ingresos gravables que eventualmente llegue a recibir en el futuro una persona que hasta ese entonces ha sido contribuyente, sea tenido como un sistema técnico y legalmente aceptable de retención de aquel tributo en la fuente, desde luego que la causa de este impuesto no existe todavía cuando él se cobra y no hay tampoco elementos de juicio suficientes para predecir si existirá o no.

Ni siquiera hay certeza, no puede haberla razonablemente, de que al concluir un ejercicio tributario futuro, quienes han sido hasta el presente sujetos pasivos del impuesto, personas físicas o morales, no hayan perdido esa calidad, por muerte, liquidación, incapacidad material o jurídica para producir rentas, mala ventura en los negocios que las generaban u otros motivos semejantes, ellos sí de verosímil y ordinaria ocurrencia en la vida social y económica.

Es entonces palmario que no hay lugar a retener el impuesto sobre la renta sino cuando ésta haya ingresado al patrimonio del contribuyente, sea por pago recibido o cuando menos por abono en su cuenta. Y sólo al producirse uno de estos fenómenos, la persona que hace el pago o el abono queda en la obligación de deducir del monto de lo cubierto o acreditado, la cuota que determine una norma positiva por concepto de aquel impuesto y de consignar en las arcas oficiales, por cuenta de quien sufrió la deducción, los valores así retenidos.

Cualquier otro sistema dirigido a obtener un pago del impuesto con apoyo en factores distintos al enriquecimiento ya logrado por el contribuyente, no es una retención en la fuente sino la exigencia de un anticipo tributario, calculado sobre bases tan deleznables, artificiales y aleatorias como la de suponer que una persona ganará cuando menos en la anualidad que apenas comienza, la misma suma que obtuvo en el año anterior ya fenecido. Ello no corresponde a la experien-

cia real en la vida de los negocios y del trabajo independiente, donde tantas circunstancias imponderables e imprevisibles se conjugan para el provecho o el infortunio de quien actúa. Sólo al cerrarse el respectivo ejercicio puede llegar a conocerse su resultado de utilidad y pérdida.

Corresponde pues a los dictados de la experiencia y de la lógica entender que el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963 sólo autorizó al Gobierno para que estableciera sistemas de retención del impuesto en la fuente cuando se tratara de recaudarlo en el momento mismo de percibirse las rentas sujetas a pagarlo, pero no cuando se buscara obtener un anticipo tributario a través del incremento del monto de la liquidación privada correspondiente a un año anterior, como buena cuenta de un tributo que nadie estaría en capacidad de predecir si se causará o no; si tendrá el mismo valor de este incremento o quizás uno más bajo, pues todo ello depende de un futuro inescrutable.

Si, como queda visto, no puede llamarse de retención en la fuente el sistema para el recaudo del impuesto sobre la renta mediante el incremento del monto de las liquidaciones privadas correspondientes a un año anterior, que establecen y desarrollan las normas que impugna el actor, fácil resulta comprender que violan lo estatuido por el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963 y, por lo mismo, exceden la potestad reglamentaria, es decir, también quebrantan el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución, que sólo permite al Presidente de la República dictar los decretos, resoluciones y órdenes encaminados a conseguir la cumplida ejecución de las leyes y, como es obvio, dentro del marco de las mismas, pues algo distinto equivaldría a que no se ejecutara la voluntad expresa y concreta del legislador contenida en sus preceptos.

Cabe observar, por último, que en el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963, dictado por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso, el propio Gobierno, como legislador accidental y transitorio, se concedió a sí mismo atribuciones de carácter permanente o duración indefinida para regular lo relativo a retenciones en la fuente.

Como es claro, esas atribuciones de segundo grado o derivativas, tendrían un término más largo que el de las principales, circunstancia que no se compadece con los preceptos de la Constitución, ya que semejantes facultades no habría podido conferírselas al Gobierno ni siquiera el Parlamento, como legislador primario y soberano del país, porque el artículo 76, ordinal 12, de la Carta le exige a este último que al conferirle facultades extraordinarias al Presidente de la República, lo haga en forma temporal y para reglar materias precisa y expresamente determinadas en la ley que conceda tales facultades extraordinarias.

Resulta así que, por su misma fuente, los textos acusados carecen también de linaje constitucional.

Se impone pues acceder a las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fis-

cal 3º de la corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Son nulos el ordinal b) del artículo 1º y los artículos 12, 13, 14 y 15 del Decreto reglamentario 320 de 1969, que fueron materia del presente juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 13 de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTOS.— DEDUCCION POR REGALIAS.— Pagadas al exterior.— **El legislador no limitó la deducción a la renta bruta por concepto de regalías pagadas al exterior a la cuantía autorizada por el comité creado por el artículo 6º del Decreto 688 de 1967, como lo dispuso el Gobierno en el parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto 154 de 1968, por lo que ciertamente extralimitó las facultades del artículo 120 de la Constitución Nacional y se impone declarar su nulidad.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente Nº 1081. Juicio de nulidad del parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto 154 de 1968. Potestad reglamentaria. Actor: Carlos Urrutia Holguín.

El abogado Carlos Urrutia Holguín obrando a nombre propio y en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo pidió al Consejo de Estado decrete la nulidad de la norma contenida en el parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto nacional número 154 de 1968, que dice:

"La deducción por regalías pagadas al exterior en ningún caso podrá exceder la cuantía autorizada por el Comité creado por el artículo 6º del Decreto 688 de 1967".

Razona así el demandante: "Es innegable que esta disposición, puramente reglamentaria y que como tal no puede alterar el sentido ni alcance de la ley que reglamenta, agrega un elemento nuevo, por encima de los específicamente fijados en el mandato legal para obtener el reconocimiento fiscal de las deducciones por regalías pagadas a residentes extranjeros, al limitar su cuantía a la que autorice el Comité de Regalías. El derecho a obtener la deducción, que conforme a los términos del artículo 15 del Decreto-ley 1366 de 1967 se halla condicionado a sólo cuatro circunstancias claramente determinadas en él, ha quedado ahora, por virtud de una provisión reglamentaria, sujeto, además, al hecho de que el Comité creado por el Decreto 688 de 1967 autorice el pago en moneda extranjera de las correspondientes regalías, y a la cuantía de dicha autorización.

"En este efecto modificador de la ley se funda mi acusación de violación contra el parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto reglamentario 154 de febrero del presente año.

"Conlleva él una desviación en el ejercicio de la potestad reglamentaria que compete al Gobierno, al apartarse éste, en el caso considerado, del objetivo de la disposición e inclusive del estatuto tributario que trata de reglamentar, en el cual no se halla involucrada ninguna medida de carácter cambiario que condicione la validez fiscal de las deducciones originadas en pagos de regalías. El Gobierno, a pretexto de reglamentar una norma legal, ha dictado una disposición enteramente nueva, que desvirtúa el sentido del mandato objeto de esa reglamentación".

El actor estimó quebrantados los artículos 13 y 15 del Decreto-ley número 1366 de 1967, 120, numeral 3º, y 76 de la Constitución Nacional.

Agotado el trámite propio del juicio ordinario y estando firme el auto de citación para sentencia es procedente dictar la que corresponda. El Fiscal de la corporación doctor Aguilar Vélez conceptúa que debe decretarse la nulidad solicitada por cuanto surge nítida y clara la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, ya que por el acto acusado "se ha establecido una reducción de una deducción en la renta de los contribuyentes, no prevista en la ley sino en un simple decreto reglamentario".

En el auto que resolvió favorablemente la petición de suspensión provisional de la norma demandada expuso el consejero sustanciador lo que sigue:

"El Decreto número 154 de 9 de febrero de 1968 es reglamentario del Decreto-ley número 1366 de 1967, de la Ley 63 de 1967 'y de otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios', según se lee en el título que trae y fue dictado por el señor Presidente de la República 'en uso de sus facultades constitucionales', es decir, ejercitando las que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, que dice:

" 'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: 1º... 2º... 3º Ejercitar la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes'.

"Esta facultad del primer mandatario de la Nación es consecuencia lógica del deber que le impone la misma Constitución de velar por el exacto cumplimiento de las leyes que expida el Congreso Nacional. Y puesto que el legislador no puede prever todos los detalles y pormenores que se presentan para la ejecución de las mismas, el constituyente le dio la facultad para reglamentarlas, porque considera que es él quien mejor conoce los medios prácticos para que tengan 'cumplida ejecución'.

"Pero es esta una atribución limitada por los términos y objetivos de la ley reglamentada, sin que pueda el Presidente, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas. 'Así no puede establecer ni una pena, ni un impuesto que no estén previstos en

la ley, ni dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni ampliar o 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, 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', viene diciendo desde 1939 el Consejo de Estado, siguiendo el pensamiento del profesor León Duguit. que es también el de todos los expositores colombianos, principiando por el más autorizado comentador de la Constitución de 1887 don José María Samper ("Derecho público interno de Colombia", Tomo 2º página 290).

"El Decreto reglamentario número 154 de 1968 al decir que la deducción por regalías pagadas al exterior 'en ningún caso podrá exceder la cuantía autorizada por el Comité creado por el artículo 6º del Decreto 668 de 1967' excedió los límites del Decreto-ley número 1366 de 1967 que reglamenta puesto que este ordenamiento legal no limita las expensas necesarias pagadas durante el año en el desarrollo de cualquier actividad a determinada cantidad para que puedan restarse de la renta bruta. Y en cuanto a las regalías que el declarante haya pagado para obtener la renta declarada, tampoco les pone un límite, y mucho menos a la cuantía autorizada por el Comité creado por el artículo 6º del Decreto 688 de 1967".

En efecto, el artículo 10 del Decreto-ley 1366 de 1967 estableció entre las deducciones que pueden restarse de la renta bruta para obtener la renta líquida "las expensas necesarias pagadas durante el año o período fiscal en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable", agregando que la necesidad de los gastos deberá determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en la clase de actividades de que se trate.

Y por lo que hace relación a **regalías**, el mismo decreto-ley prescribió en el artículo 15 que se deberían aceptar como costo cuando en la declaración de renta se identifique el beneficiario de ellas por su nombre y apellido o razón social y número de la cédula de ciudadanía o de identificación tributaria y se indique el monto del pago o abono. Pero que cuando el beneficiario resida en el exterior sólo se aceptará la deducción si el contribuyente comprueba que retuvo el 12% del pago y lo consignó en la Administración de Hacienda Nacional.

De tal suerte que el legislador no limitó la deducción a la renta bruta por concepto de regalías pagadas al exterior a la cuantía autorizada por el Comité creado por el artículo 6º del Decreto 688 de 1967, como lo dispuso el Gobierno por la norma acusada, por lo que ciertamente el ejecutivo extralimitó las facultades del artículo 120 de la Constitución Nacional y se impone declarar su nulidad.

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

Falla:

Declárase nulo el parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto número 154 de 1968, publicado en el Diario Oficial número 32448.

Envíese copia de este fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

ASIGNACIONES DE LOS CONGRESISTAS.— Es nulo el Decreto 052 de enero 23 de 1969, por el cual se reglamentó la Ley 83 de 1968.

SALVEDAD DE VOTO.— Del doctor Enrique Acero Pimentel.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Alfonso Arango Henao**).

En ejercicio de la acción pública, el doctor César Castro Perdomo solicitó del Consejo de Estado la anulación y suspensión provisional del Decreto reglamentario número 052 de 23 de enero de 1969, originario del Ministerio de Gobierno y por el cual se reglamenta la Ley 83 de 1968.

Como hechos u omisiones fundamentales de la acción, el doctor Castro Perdomo expone en síntesis los siguientes: que el constituyente por medio del acto legislativo número 1 de 1968, dispuso que el legislador tendría autonomía para fijar el monto de la remuneración de los congresistas, lo mismo que para determinar la forma de hacer ese pago. Que el mismo constituyente ratificó que los senadores y representantes suplentes sólo podrían ejercer sus respectivos cargos, y por consiguiente recibir la remuneración, cuando hubieren faltas temporales o absolutas de los principales. Que a partir del 1º de enero de 1969, según la Ley 88 de 1968, la remuneración mensual de los congresistas será de $ 15.000.00 mensuales. Mas sucede que por medio del decreto acusado, la rama ejecutiva del poder público viene a interferir la autonomía del Congreso, desde que determina la forma de pago del nuevo sueldo permanente y ordena que los $ 15.000.00 sean pagados entre principales y suplentes en proporción al tiempo en que ellos hayan concurrido a las sesiones del Parlamento durante el año de 1968. Estas disposiciones del decreto sub lite se oponen, según el actor, a las disposiciones de la reforma constitucional, porque los suplentes de los congresistas sólo pueden actuar cuando falten absoluta o temporalmente los principales, y en tal evento es cuando pueden devengar sus correspondientes sueldos, lo cual no puede suceder en los períodos de receso como el que atravesaba el Congreso de Colombia a tiempo de presentar la demanda (febrero 7 de 1969) y desde el 1º de enero del año de 1969. El decreto acusado, dice la parte actora, desvirtúa la

institución de la suplencia prevista en los artículos 93 y 99 de la Carta, porque el decreto parte del supuesto de que los suplentes son personales, cuando la realidad es que ellos son numéricos. Como el acto impugnado es violatorio de normas superiores de derecho, como la autonomía del legislador y la condición impuesta en la Constitución para que los suplentes puedan cobrar, el doctor Castro Perdomo busca en el Consejo de Estado el restablecimiento del orden jurídico violado, pidiendo la nulidad y previamente la suspensión provisional del decreto acusado.

El 19, de febrero próximo pasado, la Sala Unitaria encontró, prima facie, violado el artículo 113 de la Constitución Nacional, por lo cual procedió a decretar la suspensión demandada, la cual fue suplicada por el señor Fiscal 2º de esta corporación, súplica que fue coadyuvada por el señor apoderado del Ministerio de Gobierno. Sustentaron asimismo el recurso los abogados doctores Fidel Perilla Barreto, Jesús Nivia Quiroga, Arquimedes Palau y Solón Wilches Martínez. La Sala de Decisión, con salvamento de voto del Consejero doctor Enrique Acero Pimentel, en providencia de 18 de abril último, resolvió no modificar el auto recurrido, pues, encontró, al igual que el sustanciador, una manifiesta violación del precepto constitucional invocado como infringido, capaz de sostener la suspensión provisional pedida.

Por los motivos que en extenso se leen en el libelo, el doctor Castro Perdomo encontró violados los artículos 113, 93 y 99 de la Carta, correspondientes, en su orden, a los artículos 36, 23 y 26 del acto legislativo número 1 de 1968.

Cabe observar que a partir del auto que decretó la suspensión provisional y del que decidió sobre la súplica del mismo, nada nuevo se aportó a los autos, pues, las alegaciones que trajeron quienes se constituyeron en partes impugnadoras, tendían más que todo a evitar la ejecutoria de la medida cautelar. Y una vez que quedó en firme la suspensión, las partes impugnadoras abandonaron sus pretensiones, por lo cual, no continuaron prestando su eficaz colaboración mediante el acopio de sus luces jurídicas.

Por su parte, el señor Fiscal de la corporación, después, de un estudio del problema planteado que es el mismo que en juicio aparte iniciara el doctor Horacio Perdomo Parada, conceptúa que deben negarse las peticiones de la demanda.

Como la situación no ha cambiado desde la suspensión provisional, en respaldo del presente fallo se repiten los argumentos que tanto la Sala Unitaria como la de Decisión tuvieron para dictar y para confirmar en su orden, la medida precautelativa.

En el auto que decretó la suspensión provisional se dijo que "al comparar esta primera norma señalada como infringida por el demandante, (se hace referencia al artículo 113 de la Carta), con el decreto acusado, se observa, en primer término, que la Constitución ha dado facultad privativa al legislador para determinar el sueldo y los gastos de representación que devengarán los miembros del Congreso, y en segundo lugar, que a los presidentes de las cámaras y de las diferentes comisiones del Congreso, les ha impuesto la obligación, —"llamarán", dice el acto legislativo—, de convocar, en caso de faltas tem-

porales o absolutas de los miembros del Congreso, a los respectivos suplentes, 'siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la correspondiente lista electoral'."

Y refiriéndose al mismo artículo 113 de la Constitución, la Sala de Decisión dijo en el auto que desató el recurso de súplica interpuesto contra la providencia que decretó la suspensión provisional demandada: "De la lectura de la disposición transcrita se infiere que el constituyente confirió al legislador la facultad de fijar la cuantía de los emolumentos de los congresistas y su forma de pago. Lo primero porque el texto de la norma es claro. Lo segundo porque quien tiene la facultad de fijar los sueldos tiene la de reglamentar la forma de pago, a no ser que dicha facultad haya sido delegada o autorizada por quien puede hacerlo".... Y más adelante se lee:

"Si pues, el Congreso es la única entidad que puede reglamentar la forma de pago, porque para ello lo faculta la Constitución, el Gobierno carece de facultad legal para hacerlo".

La potestad reglamentaria, como principio, no puede aplicarse en el caso de autos. Porque aun cuando es cierto que esa potestad ejercida por medio de los decretos reglamentarios, tiene por objeto hacer operante la ley que se reglamenta y así lo consigna en sus considerandos el decreto acusado es también cierto que no puede reglamentarse sino lo que es reglamentable, y en el caso presente sólo el Congreso puede hacerlo pues así lo dispuso la Carta".

"En tal forma que si la Constitución ha dispuesto que es la ley la que debe reglamentar lo referente a las asignaciones de los congresistas, el Gobierno no puede a su vez reglamentar la ley que reglamenta el precepto constitucional".

"Si hay un vacío, como lo advierte la Fiscalía en cuanto a esa reglamentación de las dietas entre principales y suplentes, ese vacío no lo puede llenar sino el propio legislador. Porque los decretos reglamentarios no son para llenar vacíos sino para hacer operante en la práctica lo que ordena la ley. El disponer sobre cuestiones que no contiene ésta es legislar, con desviación de poder. El reglamento no puede considerarse como un intérprete de la ley".

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, previamente oído el concepto fiscal, y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Decida:

Es nulo el Decreto 052 de enero 23 de 1969, dictado por el señor Presidente de la República, y por el cual se reglamenta la Ley 83 de 1968.

Se leyó, discutió y aprobó el proyecto en la sesión del día 28 de noviembre del año en curso, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao, Enrique Acero Pimentel, con salvamento de voto; *Jorge de velasco Alvarez, Alfonso Meluk.*

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Enrique Acero Pimentel.

Señores Consejeros:

Con la oportunidad que me ofrece el fallo acogido por la mayoría de la Sala en la presente contención administrativa, reitero con todo respeto, complementándolos, los razonamientos en que se apoyó mi salvamento de voto a propósito de la confirmación del auto de suspensión provisional. Deploro, eso sí, que el fallo no haya tomado en cuenta ni los argumentos que entonces expuse, ni los contenidos en el autorizado y juicioso estudio de la vista fiscal, documentos éstos producidos con posterioridad al auto de la Sala Decisoria y cuyo comentario se extraña en el fallo, pues la medida precautelar fundamentada en sanos principios de previsión, que se encaminan a evitar graves perjuicios materiales o manifiestas alteraciones del orden jurídico, es susceptible, por lo provisional, de ser modificada o desechada cuando nuevas razones o más detenido estudio de las anteriores así lo determinen.

Se ha limitado la sentencia a reproducir lo dicho en los proveídos sobre suspensión provisional del acto, diciendo: "Como la situación no ha cambiado desde la suspensión provisional, en respaldo del presente fallo se repiten los argumentos que tanto la Sala Unitaria como la de Decisión tuvieron para dictar y para confirmar en su orden, la medida precautelativa". Y es claro que la situación del negocio no podrá haber cambiado desde entonces por su misma naturaleza, empero, aspectos nuevos del mismo problema en cuanto a su enfoque jurídico sí fueron allegados en el salvamento de voto y en el concepto fiscal.

En efecto: No es exacto que el Gobierno carezca de facultad legal para reglamentar la forma de pago de las dietas de los congresistas y que sólo el Congreso puede hacerlo por disposición de la Carta constitucional. Su artículo 120 en el numeral 3º comprende todas las leyes, sin excluir ninguna, y ni del artículo 36 del acto legislativo número 1 de 1968, ni de disposición alguna de la Constitución se desprende que única y exclusivamente el Congreso puede reglamentar la forma de cubrir a los congresistas los emolumentos fijados por la ley. De la potestad reglamentaria no puede excluirse ley alguna; y solamente por sustracción de materia escaparán a la reglamentación aquellas leyes en donde no se encuentren vacíos que llenar y en donde estén previstos todos los elementos indispensables para su ejecución, de tal manera que no haya ordenamiento susceptible de reglamentar para su cumplida ejecución.

Aquí se tiene claramente que lo que dispuso el precepto constitucional es que los congresistas "tendrán durante todo el período constitucional respectivo, el sueldo anual y los gastos de representación que determine la ley". Y ésta ha cumplido el mandato pero ha dejado de proveer sobre la forma de pago de los emolumentos a los congresistas, cosa que el acto acusado dispuso para su cumplida ejecución.

Es pertinente repetir que la función reglamentaria, como lo ha dicho el Consejo, no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentre implícito en ella. En sentencia de 3 de febrero de 1968 esta corporación dejó sentado que el reglamento puede llenar vacíos, proveer a la cumplida ejecución de la ley, procurar su mejor inteligencia y eficacia. Lo que no puede es adicionar el texto de la ley, ni restringirlo o ampliarlo.

Es incuestionable, pues, como lo dice el salvamento de voto anterior, que cuando el artículo 120, numeral 3º de la Carta habla de órdenes, decretos o resoluciones necesarias, está dando la medida exacta de los poderes jurídicos del Gobierno en estas materias. Y de ello surge como obligación suya la de dictar el reglamento cuando es necesario para que la ley se ejecute debidamente. Y forzosamente deberá reconocerse que la ya dicha ley, sin reglamentación resultó inoperante, de aplicación imposible, al extremo de que ha dado origen y lugar para el debate jurídico de amplia resonancia a propósito de la forma de pagar las dietas de los congresistas fijadas por la Ley 83 de 1968 en tiempo de receso cuando durante las sesiones ordinarias han asistido a las cámaras, principales y suplentes. Y tal forma de pago fue la que el decreto acusado señaló para llenar el manifiesto vacío de la norma antedicha y nada más.

Si los argumentos expuestos en el anterior salvamento de voto hubieran sido tenidos en cuenta por el fallo y desoídos en él, quedarían otros nuevos que analizados, tal vez hubieran movido a la mayoría de la Sala a modificar su parecer al respecto. Estos son los que consigna la vista del señor Fiscal Primero del Consejo, doctor Joaquín Caro Escallón que me permito reproducir en seguida y que comparto plenamente.

Dice la vista de fondo:

"Pero hay asimismo una segunda conclusión que se obtiene del análisis de las disposiciones que el legislador ha consagrado sobre la materia en todos los últimos tiempos: se ha querido que la remuneración guarde proporción con el trabajo desarrollado. Los propios congresistas quisieron, en las leyes del 62 y del 66, subrayar una norma de conducta: la remuneración del servicio prestado, la compensación por una labor efectivamente desarrollada. Y estos asertos responden, además, a una verdad de orden universal: el trabajador debe percibir una remuneración que esté en proporción al trabajo desempeñado.

"Siguiendo el anterior orden de ideas, cuando el Gobierno Nacional por medio de su Decreto 052 de 1959, al reglamentar la Ley 83 de 1968, establece que el pago de las asignaciones diarias durante el receso del Congreso se hará mensualmente a los congresistas, principales y suplentes, "en proporción exacta al tiempo de asistencia de éstos a las sesiones ordinarias del ano inmediatamente anterior", transita precisamente por las vías doctrinales y las pautas que ha marcado el legislador de los años 62 y 66, y que no hay razon alguna para suponer que varió el constituyente del 68; pautas que, ademas, corresponden principios universales de equidad y de justicia: remunerar al funcionario en armonía con el trabajo desempenado.

"No es válido, por lo tanto, afirmar que las disposiciones del decreto acusado quebrantan la ley; cuando lo que hacen es precisamente desarrollar su espíritu. Y tampoco resulta atinado sostener, como adelante se verá, que al así proceder el Gobierno Nacional se atribuyó facultades que no le competen, porque el constituyente otorgó esos poderes de modo exclusivo al legislador.

"Sobre el último aspecto, ya es abundante el pensamiento de la doctrina y de la jurisprudencia referente a la potestad reglamentaria del ejecutivo. Y, a medida que se ha profundizado en el tema, se ha descubierto, cada vez con mayor evidencia, que esa facultad debe entenderse muy amplia y que resulta, además, indispensable dentro de la moderna concepción del ejecutivo. Esa potestad, refiere el honorable Consejo de Estado, 'es una atribución ordinaria del Presidente de la República que desempeña con autorizacion o sin autorizacion del Congreso y que no está sometida a términos. La circunstancia de que esta corporación se la otorgue expresamente o de que guarde silencio sobre ella, carece de trascendencia jurídica. Los poderes que tiene el ejecutivo por mandato de la Constitución no los puede recortar o cercenar el legislador'. (Fallo de octubre 11/62, Anales 399-400, página 182). Y en otro aparte de esa importante providencia, expresa el honorable Consejo que, cuando la ley se limita a crear los derechos y a imponer las obligaciones, o a estructurar el nuevo régimen jurídico que debe regir determinadas actividades, deja al órgano administrativo 'un anchuroso campo para desarrollar en su plenitud todo equello que aparezca implícito en el estatuto principal y que fluya del espíritu que lo informa o de los objetivos que persiga. La obligación impuesta al Gobierno de ejecutar en su totalidad una ley de ese tipo y de realizarla en todos sus alcances y proyecciones, comporta la necesidad de que el Presidente de la República disponga de los poderes jurídicos indispensables para hacer cumplir adecuadamente el mandamiento de las Cámaras legislativas. Por esa razón se ha dicho que la potestad reglamentaria la tiene el ejecutivo por derecho propio y que ella existiría aun sin el mandato expreso de la Carta'.

"Y no es lícito sostener, a estos propósitos, que la potestad reglamentaria que de modo ordinario y regular posee el Presidente de la República, quiso el constituyente trasladarla o reservarla a la propia ley, en este caso especial de las asignaciones de los parlamentarios. No sólo esa conclusión no resulta del texto de la norma constitucional pertinente, artículo 36 del acto legislativo de 1968, sino que, por el contrario, el cambio del texto, en relación con el antiguo precepto contenido en el artículo 113 de la Constitución (Art. 25 del acto legislativo

número 1 de 1945), indica que el nuevo pensamiento del constituyente fue el de dejar la reglamentación de los preceptos de la ley, —en este como en el común de los casos— a la dirección del Gobierno Nacional.

"En efecto, el antiguo artículo 113 decía que 'La remuneración de los miembros del Congreso será fijada y reglamentada por la ley'. El último vocablo fue enteramente suprimido en el nuevo texto, en el cual sólo se dice, como era apenas lógico, que las asignaciones de los miembros del Congreso serán 'determinadas' por la ley. Y una cuestión es fijar, señalar, determinar las asignaciones —como lo observa el honorable Consejero Acero Pimentel—, y otra bien diversa reglamentar la forma o manera del pago de esas asignaciones ya determinadas por la ley.

'Estas consideraciones que se dejan consignadas llevan a este despacho al convencimiento de que el decreto que se acusa se ajusta a modo cierto a la ley".

Queda, honorables magistrados, en los anteriores términos consignado mi salvamento de voto en el presente negocio.

Con todo respeto,

Enrique Acero Pimentel.

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

CESANTIA Y PENSION DE JUBILACION.— Artículo 7º de la Ley 4ª de 1966.— **Esta norma contiene varias estipulaciones. En primer término, estatuye que son compatibles la pensión de jubilación y la cesantía, modificando así la situación legal existente con anterioridad. Por otra parte, ordena suspender los descuentos que se están haciendo por concepto de cesantías, norma que se refiere a aquellos descuentos que se hacían, respecto de la pensión jubilatoria, para pagar, con cuotas periódicas, las cesantías parciales. Y finalmente, establece el artículo comentado que no habrá derecho a reembolso por lo ya descontado, lo cual significa claramente que si al interesado se le habían hecho ya algunos descuentos de la pensión, a efecto de cubrir la cesantía, no por ello tiene derecho a que se le reembolsen las sumas descontadas, aclaración muy pertinente en vista de que la disposición nueva hacía compatible la pensión, entera, con la cesantía. Pero ninguna de esas reglas contenidas en el artículo 7º de la Ley 4ª puede interpretarse en el sentido de que, si el interesado ha recibido ya el auxilio de cesantía, la administración deba pagarle todo el tiempo servido: ello equivaldría a pagar dos veces el auxilio de cesantía por el mismo lapso, lo que, además de pugnar con las normas legales, repugna al sentido común.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Andrés Holguín**).

El señor José A. Sánchez Bernal, obrando por medio de apoderado y ejercitando la acción de plena jurisdicción, instauró demanda ante el Consejo de Estado para que se declare nula parcialmente la Resolución número 4126 de 31 de julio de 1967 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional y para que, como consecuencia, se restablezca al demandante en su derecho reconociéndole y pagándole la suma de $ 69.924.48 que "resulta de la diferencia de cesantía total por 41 años de servicios y la que se le reconoce, o sea la diferencia entre $ 142.160.53 y $ 73.391.81, a razón de $ 3.467.33 mensuales".

Como hechos, se dijo en la demanda que el actor prestó servicios en la rama de guerra por más de 41 años, en forma discontinua, del 1º de mayo de 1925 al 1º de marzo de 1936, luego de 1936 a 1945 y des-

pués de 1946 hasta el 1º de mayo de 1967, siendo este último lapso de 21 años y 2 meses; que su último sueldo fue de $ 3.467.33 y que está agotada la vía gubernativa y la cuantía de lo reclamado es de $ 69.924.48.

La parte demandante señaló, como normas violadas por la resolución acusada, los artículos 12 de la Ley 100 de 1946 y 79 del Decreto 351 de 1964 y expuso, en un capítulo de su libelo, el concepto de violación de esas disposiciones.

La demanda fue admitida en auto de 28 de octubre de 1967. El juicio ha sido tramitado regularmente. El Ministerio de Defensa Nacional constituyó apoderado, quien no alegó ni adujo pruebas. Al emitir concepto de fondo, la Fiscalía Cuarta a cargo de la doctora Aydee Anzola Linares, estimó que el Consejo debe negar las súplicas contenidas en la demanda. En auto de 2 de junio de 1969 se citó a las partes para sentencia. Ejecutoriada tal providencia, sin que se halle causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia con base en las siguientes

Consideraciones

La acción intentada es la de plena jurisdicción. Tiende a obtener que se declare nula la citada Resolución número 4126, originaria del Ministerio de Defensa Nacional, y se reconozca al demandante su cesantía total, por el lapso mayor de 41 años que trabajó en el ramo de guerra, ordenándose, en consecuencia, el pago de la diferencia entre la cesantía reconocida y aquella a que tiene derecho, o sea la cantidad de $ 69.924.48.

La resolución impugnada obra a folios 7 y siguientes y a folio 18 y siguientes del informativo. En tal acto se observa que por Resolución número 1089 de 1945, se reconoció al señor Sánchez Bernal la suma de $ 5.175.00 como cesantía definitiva por los servicios prestados hasta el 15 de junio del mismo año, fecha de su retiro, y que, por Resolución número 1081 de 1953, se reconoció al mismo interesado, en liquidación parcial de cesantía, la suma de $ 3.330.84, por todo lo cual el Ministerio ordenó, entre otras cosas, el pago de la cesantía correspondiente a los nuevos servicios prestados por el demandante, o sea los posteriores a 1945, con deducción del valor de la cesantía parcial ya cubierta.

Fue así como, en la citada resolución, el Ministerio reconoció y ordenó pagar al actor la cantidad de $ 123.389.49, por los siguientes conceptos:

"a) La suma de setenta y tres mil trescientos noventa y un pesos con ochenta y un centavos ($ 73.391.81) Mcte., como cesantía por 21 años y 2 meses de servicios civiles prestados al ramo de Defensa Nacional, lapso del 1º de marzo de 1946 al 1º de mayo de 1967, liquidada a razón de un mes de los últimos haberes devengados por cada año y proporcionalmente por las fracciones;

"b) La suma de cuarenta y ocho mil ochocientos ochenta y nueve pesos con treinta y cinco centavos ($ 48.889.35) Mcte., equivalente a

multiplicar sus últimos haberes devengados por (14.10), como indemnización por incapacidad física adquirida en el servicio, pero no por causa ni razón del mismo; y

"c) La suma de un mil ciento ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 1.108.33) Mcte., valor de siete (7) doceavas partes de la prima de Navidad, lapso del 1º de enero al último de julio de 1967.

"2º De la suma reconocida se descontará la de tres mil trescientos treinta pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 3.330.84) Mcte., recibida por concepto de liquidación parcial de cesantía".

La Sala encuentra ajustada a la ley, en todas sus partes, la resolución acusada. El demandante prestó servicios por dos lapsos diferentes hasta 1945, y en acto de ese mismo año se le reconoció, como consta en autos, la cesantía definitiva. Prestó luego servicios por otro lapso, y el Ministerio ha ordenado cubrirle la cesantía correspondiente, o sea del 1º de marzo de 1946 al 1º de mayo de 1967, es decir por 21 años y 2 meses, con deducción de la suma reconocida como cesantía parcial.

No se ve, por tanto, cuál pueda ser el fundamento de la demanda del señor Sánchez Bernal. El Ministerio le ha cubierto la totalidad del auxilio de cesantía por sus servicios.

Lo alegado por la parte demandante, al interpretar lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 1º del Decreto 1117 de 1966, carece enteramente de bases jurídicas, pues tales disposiciones no pueden entenderse jamás en el sentido de que la administración deba pagar al interesado, en un caso como el del señor Sánchez Bernal, dos veces el auxilio de cesantía correspondiente al mismo lapso de servicios. Cuestión completamente distinta es la compatibilidad, establecida por la ley, entre la cesantía y la pensión de jubilación. Pero en este juicio se debate únicamnte lo relacionado con la cesantía. Dice el demandante que la resolución acusada violó la ley "en cuanto que no reconoce (la cesantía) por el tiempo de servicios, sino por parte del tiempo de servicios, ya que no comprende el anterior al 15 de junio de 1945"; pero basta observar, al respecto, que la cesantía correspondiente a ese tiempo anterior de servicios fue, precisamente, la reconocida y cubierta enteramente en 1945. Es obvio, para la Sala que, a pesar de la redacción de las normas a que alude la parte actora, el señor Sánchez Bernal no puede aspirar legítimamente a recibir otra vez la cesantía por el tiempo servido con anterioridad a 1945.

La disposición citada por la parte demandante, como base de sus alegaciones, el artículo 7º de la Ley 4ª de 1966, dice así:

"No se excluye la pensión de jubilación y la cesantía que hoy reconocen las leyes. A partir de la vigencia de esta ley se suspenderán los descuentos que se están haciendo por concepto de cesantías ya pagadas, y sin derecho a reembolso por lo ya descontado".

Esta norma contiene varias estipulaciones. En primer término, estatuye que son compatibles la pensión de jubilación y la cesantía, modificando así la situación legal existente con anterioridad. Por otra parte, ordena suspender los descuentos que se están haciendo por concepto de cesantías, norma que se refiere a aquellos descuentos que se

hacían, respecto de la pensión jubilatoria, para pagar, con cuotas periódicas, las cesantías parciales. Y finalmente, establece el artículo comentado que no habrá derecho a reembolso por lo ya descontado, lo cual significa claramente que si al interesado se le habían hecho ya algunos descuentos de la pensión, a efecto de cubrir la cesantía, no por ello tiene derecho a que se le reembolsen las sumas descontadas, aclaración muy pertinente en vista de que la disposición nueva hacía compatible la pensión, entera, con la cesantía. Pero ninguna de esas reglas, contenidas en el artículo 7º de la Ley 4ª puede interpretarse en el sentido de que, si el interesado ha recibido ya el auxilio de cesantía, la administración deba pagarle todo el tiempo servido: ello equivaldría a pagar dos veces el auxilio de cesantía por el mismo lapso, lo que, además de pugnar con las normas legales, repugna al sentido común.

La Sala está así de acuerdo con el concepto emitido por la Fiscalía, concepto en que puede leerse lo siguiente:

"Al examinar la prueba documental que obra en autos, se observa que por Resolución número 1089 de 1945 le fue reconocida al señor José Antonio Sánchez Bernal la suma de $ 5.175.00 como cesantía definitiva por sus servicios prestados hasta el 15 de junio de 1945, fecha de su primer retiro, pues sólo vino a reincorporarse a sus servicios nuevamente el 1º de marzo de 1946. o sea cuando habían transcurrido ocho meses y diez y siete días. Todo esto indica que respecto al reconocimiento de la cesantía hecho por la Resolución número 1089 de 1945, existe una situación ya definida que no puede volver a revisarse posteriormente como se pretende en la demanda. De manera que, cuando el Ministerio de Defensa Nacional por medio de una segunda resolución la 04126 de 31 de julio de 1967 reconoció y ordenó pagar otra segunda cesantía al demandante, correspondiente a 21 años y 2 meses (1º de marzo de 1946 al 1º de mayo de 1967), sin tener en cuenta el primer lapso, se ajustó a la ley porque la primera relación de derecho público terminó entre el Ministerio y José Antonio Sánchez Bernal, el 15 de junio de 1945, fecha ésta en que se le reconoció la cesantía causada hasta ese entonces. Por lo demás los artículos 12 de la Ley 100 de 1946 y 79 del Decreto 351 de 1964 que se dice en la demanda, fueron violados, no tienen nada que ver con el punto concreto que ha sido materia de estudio, además para esta Fiscalía no se configura la transgresión de dichas normas. Por lo expuesto, se solicita a los honorables Consejeros se sirvan negar las súplicas de la demanda".

De esta manera es lo cierto —piensa la Sala— que el señor Sánchez Bernal ha pretendido que se le reconozca y pague la cesantía por el tiempo anterior a 1945 cuando obra prueba plena, en el informativo, en el sentido de que la cesantía correspondiente a ese lapso ya le fue reconocida y pagada. La falta de fundamento del libelo es, pues, evidente.

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

Falla:

1º Niéganse las peticiones contenidas en la demanda promovida, por medio de apoderado, por el señor José Sánchez Bernal.

2º Una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo a la oficina de origen, y archívese el informativo tramitado en el Consejo de Estado.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 27 de junio de 1969.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Belisario Arciniegas, Alvaro Orejuela Gómez.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

MINISTERIO DE FOMENTO

DIVISION DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

MARCAS Y PATENTES.— Es necesario agotar la vía gubernativa para poder acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.— **En el caso concreto del ejercicio de la acción de mera nulidad contra actos administrativos relacionados con el registro de marcas o la expedición de patentes. sea por motivos de nulidad intrínsecos o por razones de ilegalidad formal porque la ley no distingue, es imperioso agotar de antemano el trámite gubernativo ordinario, porque así lo exige de modo expreso y perentorio el artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964. Ante lo dispuesto claramente por los artículos 71 del Código Contencioso Administrativo y por la norma que acaba de citarse, no cabe la menor duda en cuanto a que sin el previo agotamiento de la vía gubernativa no radica competencia en el Consejo para dirimir una controversia sobre nulidad del acto que concede una patente y que, por ende, el procedimiento adelantado sin el cumplimiento de aquella formalidad sustancial no permite proveer en el fondo sobre las súplicas concretas del libelo.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**).

Ref.: Expediente número 1174. Actor: Alvaro Poveda Rodríguez. Nulidad y suspensión provisional de la Resolución de 26 de octubre de 1967 del Ministerio de Fomento. División de Propiedad Industrial.

Obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo consagra, ha venido el doctor Alvaro Poveda Rodríguez a demandar del Consejo la declaratoria de nulidad de la resolución que con fecha 26 de octubre de 1967, profirieron el Director y el Jefe de Propiedad Industrial del antiguo Ministerio de Fomento por la cual se concede al señor Samy Bigio patente de privilegio para el invento que consiste en "Manijas para bolsas con sistemas especiales de cierre y agarre".

A tal acto se hace la tacha de ilegalidad porque fue expedido por funcionarios carentes de competencia para ello, puesto que quienes exclusivamente la tienen, son los Ministros del Despacho Ejecutivo, a los cuales no se ha dado facultad para subdelegar. Ello conlleva la violación del artículo 1º inciso F, y 3º de la Ley 202 de 1936; y del artículo 1º, inciso A, del Decreto ejecutivo número 1635 de 1938. Tal como aparece de la resolución, la patente antedicha fue concedida por el Director del Ministerio quien dice actuar por el Ministro y por el Jefe de Propiedad Industrial, y quienes no podían hacerlo pues el artículo 3º de la Ley 202 prohibió la subdelegación. El capítulo de la demanda destinado a expresar el concepto de la violación extiende y amplía sus argumentos con las razones allí consignadas y que la Sala no entra a analizar de fondo por los motivos que se aducen en seguida.

En uso del traslado procesal, plantea el doctor Eduardo Aguilar Vélez, Agente del Ministerio Público, la tesis de que ha debido citarse al proceso o emplazarse en forma legal al titular de la patente señor Samy Bigio. Como así no se hizo el Consejo debe declarar la nulidad de todo lo actuado "por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

En síntesis, sostiene el señor Fiscal su concepto manifestando que puesto que el señor Bigio tiene interés en las resultas del juicio, es injusto e ilegal que no se le otorgue la oportunidad de defender su derecho. Que la Carta, por una parte protege y ampara la iniciativa privada y la libertad de empresa y, por la otra, establece normas procedimentales que deben observarse a plenitud en "las formas propias de cada juicio". Que el artículo 148 del Código Judicial lo mismo que el numeral 3º del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo que guarda íntima armonía con el 26 de la Constitución, establece como causal de nulidad en todos los juicios, "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". Que según la Corte no puede tramitarse un proceso, ni dictarse un fallo sin que la parte que pueda ser perjudicada por él haya comparecido al juicio en virtud del principio general de que una sentencia no perjudica sino a quienes hayan sido partes en el juicio.

Los razonamientos anteriores están explicados por el señor Fiscal en el excelente estudio que se lee en su vista de fondo y complementados con otros argumentos de innegable autoridad.

En vista de que la tesis del señor Fiscal, que concluye con el pedimento de que se declare nulo todo lo actuado por falta de citación al señor Bigio, entraña un cambio de la doctrina que el Consejo ha venido aplicando reiteradamente, esta Sala consideró oportuno someterla al estudio de la corporación en pleno, la cual, sin embargo, estimó que previamente debía dilucidarse por la Sección Primera el aspecto que dice relación con la aplicabilidad del artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964. Acogida la tesis por esta Sección, no será ya el caso de someter a ningún cambio de doctrina a la Plenaria. A ello se procede, así como tambien a desatar la presente controversia administrativa, mediante las consideraciones siguientes:

Dos clases de controversias pueden surgir de los trámites y actos relacionados con el registro de marcas y el otorgamiento de patentes:

1ª Aquellas en que se disputa la titularidad del derecho al uso y disfrute de la marca o la patente, o sea litigios entre particulares sobre

una propiedad industrial, cuya decisión corresponde a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, por mandato del artículo 8º, inciso final, de la Ley 16 de 1968.

2ª Aquellas en que se impugna el registro de la marca o el acto de concesión de la patente, sea por motivos de nulidad intrínseca como los que establece el artículo 22 de la Ley 31 de 1925 para las patentes, o sea por haberse incurrido en violación de textos legales al registrar la marca o al expedir la patente. De dichos asuntos conoce el Consejo de Estado, conforme lo prevé el artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964.

Los actos de esa última especie pueden ser demandados por vía de simple nulidad o de plena jurisdicción, ya que al respecto la doctrina del Consejo se ha pronunciado en el sentido de que no es la naturaleza del acto impugnado sino el móvil que tenga el demandante, el elemento que deba tenerse en cuenta para calificar la naturaleza de la acción incoada.

Puede, pues, de acuerdo con la actual doctrina acusarse en acción pública el acto administrativo que concede una patente, a pesar de que, como es claro, genera una situación jurídica individual y concreta en favor de persona determinada.

Aunque por regla general no es necesario cumplir ningún trámite previo ante la administración para acudir ante el contencioso a demandar la simple nulidad de cualquiera de los actos a que se alude en los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, es lo cierto que debe cumplirse con aquel requisito cuando la ley lo establece o lo exige expresamente para hipótesis determinadas. Así se desprende de lo estatuido en el artículo 71 del mismo Código.

En el caso concreto del ejercicio de la acción de mera nulidad contra actos administrativos relacionados con el registro de marcas o la expedición de patentes, sea por motivos de nulidad intrínsecos o por razones de ilegalidad formal porque la ley no distingue, es imperioso agotar de antemano el trámite gubernativo ordinario, porque así lo exige de modo expreso y perentorio el artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964, que a la letra dice:

"Además de los negocios a que se refiere el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conocerá de los asuntos en que se controvierta la legalidad de los actos administrativos relacionados con el registro de marcas, patentes y nombres comerciales, ya se trate de juicios de cancelación o de nulidad. Para tales efectos, la administración decidirá previamente conforme al procedimiento gubernativo corriente".

Ante lo dispuesto claramente por los artículos 71 del Código y 5º del Decreto 1819, ya transcrito, no cabe la menor duda en cuanto a que sin el previo agotamiento de la vía gubernativa no radica competencia en el Consejo para dirimir una controversia sobre nulidad del acto que concede una patente y que, por ende, el procedimiento adelantado sin el cumplimiento de aquella formalidad sustancial no permite proveer en el fondo sobre las súplicas concretas del libelo.

Se reafirman las anteriores consideraciones con la certidumbre de que, en presencia de la disposición transcrita del Decreto 1819 ha que-

dado la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa condicionada a que la administración decida previamente sobre la nulidad o validez de la patente no sólo porque ésta se expide sin que se haya examinado su novedad o utilidad, sino porque haya podido expedirse con un vicio de forma o con desviación del poder. Si, conforme a lo dispuesto por el Decreto 2974 de 1968, corresponde a la respectiva sección estudiar la caducidad y abandono de patentes y similares, qué mucho que ella misma estudie a petición de un particular, el aspecto de si alguna o algunas de estas patentes han sido expedidas por quien no tenía facultad para ello.

Por 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 es incompetente para conocer y fallar el presente negocio.

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Arango Henao, Enrique Acero Pimentel, Jorge de Velasco Alvarez, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

ASCENSOS.— Requisitos.— **El Ministerio de Defensa no puede decretar un ascenso sino en los casos previstos por la ley y cuando el interesado ha cumplido, estrictamente, todos los requisitos que la ley misma exige. Si falta un requisito, el ascenso no puede producirse, aunque ello se deba a un error del interesado, o inclusive a un error del Ministerio, pues es claro que nadie puede llegar a un grado superior cuando le faltan determinados cursos o requisitos de cualquier naturaleza.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Andrés Holguín**).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia el 5 de julio de 1968 en el juicio promovido por el teniente de navío José Guillermo Sarmiento Rodríguez, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción.

La parte resolutiva de tal sentencia dice así:

"Son nulos: el acto administrativo contenido en el oficio número 04706—NDN—SG—A258 de 20 de diciembre dirigido al Comandante General de las Fuerzas Militares general Gerardo Ayerbe Chaux y en el cual se le comunica que el teniente de navío José Guillermo Sarmiento Rodríguez no puede ser ascendido al grado de capitán de corbeta en el Cuerpo de Servicios de la Armada; y el acto administrativo contenido en el acta de la reunión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional de 9 de marzo de 1967 (acta número 222) y por el cual se niega la reconsideración que sobre el ascenso al grado de capitán de corbeta del Cuerpo de los Servicios presentó al Comando de la Armada el teniente de navío José Guillermo Sarmiento Rodríguez.

"**Se dispone**, en consecuencia:

"Restablecer en su derecho al teniente de navío José Guillermo Sarmiento Rodríguez y, por ello, el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Defensa Nacional está obligado:

"1º Ascender al grado de capitán de corbeta en el Cuerpo de los Servicios de la Armada, al teniente de navío José Guillermo Sarmiento

Rodríguez con retroactividad a la fecha en que cumplió los requisitos para tener derecho a su ascenso, o sea la fecha en que fueron ascendidos los oficiales cuya lista encabeza el capitán Jaime Fernández Salazar, por Decreto número 3082 de 1966 (diciembre 21).

"2º A que se le compute el tiempo que haya permanecido sin ser ascendido a capitán de corbeta, teniendo derecho al ascenso, como tiempo de servicio en este grado, para el ascenso inmediatamente superior, tiempo que se computará para todos los efectos legales.

"3º La Nación pagará al actor las diferencias de sueldo, primas, bonificaciones, dejados de devengar en el grado de capitán de corbeta desde el veintiuno (21) de diciembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) hasta la fecha en que se le ordene su escalafonamiento como capitán de corbeta".

El señor apoderado del Ministerio de Defensa interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, motivo por el cual el negocio ha llegado al Consejo de Estado. En esta corporación se ha tramitado el recurso legalmente; durante esta instancia, alegaron de conclusión los apoderados del demandante y del Ministerio, y emitió concepto la Fiscalía Cuarta para pedir la confirmación del fallo recurrido. Finalmente, en auto de 7 de julio de 1969 se citó a las partes para sentencia. Estando ejecutoriada esa providencia y no hallando causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar la sentencia de segunda instancia con base en las siguientes consideraciones:

El problema planteado con la demanda del teniente de navío Sarmiento Rodríguez consiste en saber si él tenía o no derecho a ser ascendido al grado de capitán de corbeta.

Piensa el Tribunal que el demandante tenía efectivamente derecho a dicho ascenso por cuanto había cumplido el tiempo reglamentario —más de cuatro años— en el grado de teniente de navío y, debidamente autorizado, había adelantado y aprobado el curso de capacitación para ascenso al grado de capitán de corbeta, por lo cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, en la sesión del 18 de noviembre de 1966, confirmó por unanimidad la clasificación para ascenso de Sarmiento Rodríguez. Cree el Tribunal que el argumento aducido por la Asesoría Jurídica del Ministerio, en el sentido de que el actor no es oficial de Servicio de Justicia, y, por tanto, no puede ser ascendido en esa especialidad, siendo inconducente el curso que adelantó y aprobó, para una especialidad distinta, no es fundado. Observa el Tribunal, al respecto, que el artículo 8º de la Ley 126 de 1959 clasifica a los oficiales de la Armada en los de cuerpo general, cuerpo general especial, cuerpo de servicios y cuerpo de infantería de marina; que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 10 de la Ley 126, son oficiales de servicio los especializados y graduados con título académico en Institutos o Facultades autorizados por el Gobierno, capacitados para ejercer el mando únicamente en organismos técnicos o administrativos; que el artículo 15 de la misma ley dice que son oficiales de servicio de las Fuerzas Militares todos aquellos que operan dentro de la organización militar con el objeto de satisfacer necesidades técnicas o administrativas y, según el artículo 25 del mismo estatuto, el actor es oficial de los servicios porque procede de la escuela de formación, teniendo así dere-

cho al ascenso pues había cumplido los otros requisitos y había aprobado el curso de capacitación, "sin que fuera necesario que se le catalogara como perteneciente a la especialidad de justicia, pues su vinculación es la de que pertenece al Cuerpo de Servicios y cumplidos los requisitos de tiempo de servicio mínimo en grado de teniente y aprobado el curso autorizado, adquirió el derecho a ser ascendido al grado inmediatamente superior".

Con base en tales consideraciones, como ya se ha indicado, el Tribunal declara nulo el oficio 4706 por medio del cual el Secretario General del Ministerio de Defensa comunica al Comandante General de las Fuerzas Militares que el teniente de navío Sarmiento Rodríguez no puede ser ascendido al grado de capitán de corbeta, y nulo el acto contenido en el acta de la reunión de la Junta Asesora del Ministerio de 9 de marzo de 1967 en la cual se niega la reconsideración sobre el ascenso del demandante al grado de capitán de corbeta; y, en consecuencia, se dispone ascender a dicho grado al actor con retrospectividad a la fecha en que cumplió los requisitos, o sea aquella en que fueron ascendidos los otros oficiales mediante el Decreto 3082 de 1966 (diciembre 21), se reconoce el derecho del señor Sarmiento Rodríguez a que se le compute el tiempo que ha permanecido sin ser ascendido a capitán de corbeta y a que la Nación le pague las diferencias de sueldo, primas y bonificaciones por el lapso comprendido entre el 21 de diciembre de 1966 y la fecha en que se ordene su escalafonamiento como capitán de corbeta.

Por su parte, la Fiscalía Cuarta insiste en el argumento —ya formulado por la Fiscalía del Tribunal— de que el Ministerio de Defensa no puede aducir en su favor el error que hubiere cometido al autorizar un curso que no correspondía al actor y que no era el adecuado para el ascenso, ya que "no sería procedente que este error venga a perjudicar al actor e impedirle su derecho al ascenso porque como es natural, no es a éste a quien se le debe atribuir el error del Ministerio quien además no puede escudarse en él, ya que ello contraría el principio de derecho entendido como aquel de que nadie puede alegar en su favor su propia culpa" (vista fiscal de la primera instancia); y porque es la administración, en este caso el Ministerio, "quien tiene suficientes elementos de juicio para poder determinar cuál curso de capacitación es o no conveniente para que el interesado sea ascendido a un determinado grado" (concepto fiscal de segunda instancia).

La Sala no puede aceptar los varios argumentos así formulados en la sentencia del Tribunal y en los conceptos fiscales mencionados. De acuerdo con la norma citada por el fallo apelado, el artículo 10 (inciso tercero) de la Ley 126 de 1959, son oficiales del Cuerpo de Servicios de la Armada los especializados y graduados "con título académico" en institutos o facultades aprobados por el Gobierno, caso que no es el del demandante, pues está acreditado en los autos que, aunque ha cursado estudios de derecho, no ha obtenido su título de abogado. De esta manera, es errónea la premisa de donde parte el Tribunal para llegar a la conclusión de que el demandante tiene derecho a su ascenso a capitán de corbeta.

Además, si el Ministerio incurrió en error, al autorizar el curso de capacitación del demandante, fue precisamente inducido a tal error —como lo ha alegado el Ministerio— por el propio teniente de navío

Sarmiento Rodríguez, quien hizo la solicitud correspondiente, sabiendo o debiendo saber que ese no era el curso que correspondía a su situación y que no le facultaba para ascender, más tarde, al grado de capitán de corbeta. El error inicial radica, pues, en el demandante.

De otro lado, es claro que el Ministerio no puede decretar un ascenso sino en los casos previstos por la ley y cuando el interesado ha cumplido, estrictamente, todos los requisitos que la ley misma exige. Si falta un requisito, el ascenso no puede producirse, aunque ello se deba a un error del interesado, o inclusive a un error del Ministerio, pues es claro que nadie puede llegar a un grado superior cuando le faltan determinados cursos o requisitos de cualquier naturaleza.

El Ministerio de Defensa Nacional ha sostenido, con razón, que el demandante Sarmiento Rodríguez adelantó y aprobó un curso de capacitación que no le correspondía de acuerdo con la ley, toda vez que no se halla escalafonado en la especialidad de Justicia, y por consiguiente, dicho curso no le habilita, por ser inconducente, para el ascenso al grado referido", como lo expresa el señor apoderado del Ministerio en su alegato ante el Consejo.

Debe la Sala poner de relieve que, según el artículo 34 y 35 de la Ley 126 de 1959, para ascender a los grados de capitán y de mayor o su equivalente en la Armada, se requiere, además de las condiciones establecidas en el presente Estatuto, hacer y aprobar el curso básico de capacitación respectivo. De esta manera, si el interesado, por uno u otro motivo, no ha hecho y aprobado ese curso especial, de capacitación, no puede ser ascendido al grado siguiente. La circunstancia de que, por error, el demandante haya adelantado y aprobado un curso diferente, no puede darle derecho alguno para aspirar a ese grado, al cual sólo puede llegarse, como dice la norma, cuando se han cumplido las condiciones establecidas en la Ley 126 y se ha hecho y aprobado el curso de capacitación respectivo.

De otro lado, según al acta número 144/61, la Junta Asesora del Ministerio recomendó por unanimidad el cambio del oficial Sarmiento Rodríguez al Cuerpo de Servicios y así lo hizo el Ministro por Resolución número 2131 de 19 de junio de 1961. Posteriormente, según consta en el acta número 218/66, la Junta Asesora del Ministerio confirmó, por unanimidad, la clasificación para ascensos de una lista de oficiales entre los cuales figura Sarmiento Rodríguez. Fue elaborado entonces el proyecto de decreto, proyecto que pasó a estudio de la oficina jurídica del Ministerio, la cual, en nota del 16 de diciembre de 1966, llegó a la conclusión de que "si el teniente de navío Sarmiento Rodríguez no es Oficial del Servicio de Justicia, no puede ser ascendido en dicha especialidad y el curso que adelantó es inconducente para ascender en otra especialidad distinta", por lo cual "debe excluirse su nombre del proyecto de decreto, por no haber reunido los requisitos para ascenso exigidos por la ley". Fundado en tal concepto jurídico, el Comando General de las Fuerzas Militares recomendó al teniente Sarmiento Rodríguez que obtuviera el título de abogado en la Universidad en que adelantó sus estudios "para dar cumplimiento a lo dispuesto por la ley y así poder considerar su ascenso en el próximo mes de junio". El demandante solicitó reconsideración de lo dispuesto, y fue así como la Junta Asesora del Ministerio en reunión efectuada el 9 de marzo de

1967, negó por unanimidad la reconsideración formulada por el actor, respecto de su ascenso.

De esta manera los motivos aducidos por la Junta Asesora y por el Ministerio de Defensa, para negar el ascenso del actor, son los consignados en el citado concepto emanado de la Oficina Jurídica del mismo Ministerio. Tales motivos son los siguientes:

"De acuerdo con el artículo 8º del numeral 2º de la Ley 126 de 1959, el personal de oficiales de la Armada Nacional se divide en los siguientes Cuerpos: a) Cuerpo General; b) Cuerpo General Especial; c) Cuerpo de Servicios; d) Cuerpo de Infantería de Marina. "En el artículo 15 de la citada ley se estatuye que son Oficiales de los Servicios de las Fuerzas Militares, todos aquellos que operen dentro de la organización militar con el objeto de satisfacer las necesidades técnicas o administrativas de las Fuerzas Militares y se consideran como tales los de Intendencia, Material de Guerra, Reclutamiento y Movilización, Justicia, Sanidad, Culto, Veterinaria, Ingeniería, Arquitectura, Química y Física, siempre que estén escalafonados. Este artículo determina las especialidades de los Oficiales de Servicios para todas las Fuerzas Militares y no se pueden hacer clasificaciones diferentes a las prescritas en la ley. La clasificación que menciona la Armada Nacional en su memorándum carece de respaldo legal... 2º De los datos suministrados por la Armada Nacional en el aludido memorando, se deduce que el oficial Sarmiento Rodríguez José G., pertenece al Cuerpo de los Servicios de esa Fuerza, sin especialidad de ninguna naturaleza. A pesar de ello, en razón de sus estudios de derecho se le ha dado el tratamiento de Oficial del Servicio de Justicia como se desprende de la Directiva Transitoria 026 de 1965-COMDEARC-EMN-MI 311, Hoja 8, Anexo C, Hoja 2, que lo destinó a adelantar Curso de Capacitación para ascenso con oficiales de justicia, sanidad, etc., desarrollado en la Escuela de Caballería en el presente año. También en el proyecto de decreto, materia de este estudio, se propone para ascenso como Oficial de Justicia, sin embargo, la Armada Nacional en el citado memorando, al punto 11, manifiesta que el nombrado oficial "no se encuentra escalafonado como abogado", es decir, que a dicho oficial no se le ha colocado dentro de ninguna de las especialidades para los oficiales de los servicios a que se refiere la Ley 126 de 1959 en su artículo 10"... 3º Si en realidad el oficial Sarmiento Rodríguez no está escalafonado o clasificado dentro de la especialidad de justicia, no podía adelantar el curso de capacitación a que se refiere el artículo 34 del Decreto 570 de 1960 el cual está previsto para los Oficiales de los Servicios pertenecientes a las especialidades de justicia, sanidad, veterinaria, etc., sino otro diferente"... En este orden de ideas, al no estar clasificado el oficial en el servicio de justicia de la Armada, adelantó un curso para ascenso que no le correspondía y por tanto, no puede tener validez para la promoción al grado inmediatamente superior". De otra parte, si se aceptara que el teniente Sarmiento Rodríguez pertenece a la especialidad de justicia dentro del Cuerpo de Servicios de la Armada, el curso que adelantó, tiene validez como requisito para ascenso, pero sería necesario que el militar acreditara el título universitario por exigencia del artículo 6º del Decreto 570 de 1960. La exigencia de dicho artículo se refiere no sólo a los profesionales egresados de las Universidades aprobadas por el Gobierno, sino también en los oficiales que han si-

do enviados en comisión de estudios a dichos centros docentes; pues de lo contrario, se establecería una situación de desequilibrio no prevista en la ley...".

Piensa la Sala que, en realidad, las razones expuestas por la Oficina Jurídica del Ministerio no han sido desvirtuadas en el curso de este juicio. El requisito de estar escalafonado era indispensable para que el oficial quedara clasificado como perteneciente a los Servicios de las Fuerzas Militares, entre otros en el ramo de justicia, al tenor del artículo 15 de la Ley 126 de 1959. El demandante, aunque había terminado estudios de derecho, no había obtenido su grado, por lo cual no podía considerarse como especializado, ya que la Armada Nacional había expresado previamente que tal oficial "no se encuentra escalafonado como abogado". En tales condiciones, y a pesar de que se le hubiera destinado a prestar servicios especiales, no podía adelantar el curso de capacitación a que se refiere el artículo 34 del Decreto 570 de 1960, reservado para quienes se hallan especializados en virtud de haber obtenido ya un título universitario. De este modo, es cierto, como dice la Oficina Jurídica, en el concepto transcrito, que el teniente Sarmiento Rodríguez adelantó un curso que no le correspondía y, por lo mismo, ese curso no puede tener validez para el ascenso. Siendo así que dicho curso está destinado a los oficiales especializados, como en el caso de aquellos que han obtenido título universitario, si lo toma y aprueba, por error, un oficial que no se halle en tales condiciones, es claro que no puede producirse el ascenso, pues quedaría en una situación de privilegio, que la ley no permite. Por eso, es muy acertada la recomendación formulada por el Comando General de las Fuerzas Militares, en el sentido de que el señor Sarmiento Rodríguez debía obtener su título de abogado para poder entrar a considerar su ascenso. De lo contrario, se llegaría a la anómala situación de un oficial ascendido al grado de capitán de corbeta sin que fuera especializado, mediante la obtención previa del respectivo título universitario.

Puede pensarse, según las pruebas allegadas al informativo, que el teniente Sarmiento Rodríguez sabía que el curso de capacitación no era procedente en su caso, por tratarse de un curso para abogados titulados —entre otros—, no habiendo él obtenido todavía su grado universitario; a pesar de lo cual solicitó su ingreso a ese curso, induciendo así a error al Ministerio, error muy explicable ya que el demandante estaba trabajando en los servicios, como Auditor Auxiliar de Guerra en la Sexta Brigada, en el ramo de justicia. Es claro que el Ministerio ha debido verificar si el señor Sarmiento Rodríguez se hallaba en las condiciones exigidas para adelantar el curso, y al no hacerlo incurrió en el error anotado. Pero de ahí no puede deducirse que, aunque el actor no sea abogado titulado, deba hacérsele un ascenso para el cual la ley exige ese requisito indispensable.

De otra parte, es preciso observar que, según los artículos 34 y siguientes de la Ley 126, para el ascenso del demandante se requería aprobar el respectivo curso de capacitación, curso que, al tenor de lo dispuesto por el Decreto 570 de 1960, tiene una duración mínima de doce semanas, con las modalidades fijadas en los artículos 29 y siguientes de este último estatuto.

Sobre esta cuestión, observa, con razón, el señor apoderado del Ministerio en su alegato ante el Consejo:

"En este estado, al tramitarse el proyecto de decreto que luego se convirtió en el marcado con el número 3082 de 1966, el Ministerio de Defensa excluyó de dicha disposición al oficial Sarmiento Rodríguez por considerar que tratándose de un oficial egresado de una escuela de formación de oficiales, colocado dentro del Cuerpo de los Servicios de la Armada, no podía hacer valer para el ascenso el grado de capitán de corbeta un curso de capacitación que no le correspondía, toda vez que no estaba escalafonado en la **especialidad de justicia**, induciendo a error a la administración.

"Si el oficial Sarmiento Rodríguez es militar de carrera egresado de una escuela de formación, no podía solicitar al Comando de la Armada, en la forma como lo hizo en el oficio número 150 de 19 de noviembre de 1965, "**ser llamado al curso de capacitación al grado de capitán de corbeta Cuerpo de los Servicios Justicia**", toda vez que no se hallaba escalafonado en tal especialidad, sino en aquellas propias de su formación militar como **Intendencia, Material de Guerra, Reclutamiento y Movilización y Administración.** La circunstancia de que el oficial viniera desempeñándose como Auditor Auxiliar de Guerra, cargo para el cual sólo se exige haber terminado estudios de derecho, no le habilitaba para adelantar el curso propio de los profesionales universitarios, desde luego que él no estaba escalafonado legalmente en la especialidad de justicia. Simplemente había sido cambiado del Cuerpo de Infantería de Marina al Cuerpo de los Servicios en la Armada, pero no se le escalafonó en ninguna especialidad propia de los profesionales (ingenieros, arquitectos, abogados). Dada su formación castrense, le correspondía adelantar el Curso Avanzado de Capacitación previsto en los artículos 28 y 32 del Decreto 0570 de 1960 y no el contemplado para los profesionales en el artículo 34 del mismo decreto.

"No hay duda de que el mencionado oficial con el oficio a que se ha hecho referencia, indujo a error a la Administración para adelantar un curso de capacitación que él sabía que no le correspondía de acuerdo con la ley. Por tanto, no es posible que escudándose en el error que hubiera podido cometer la administración, originado por la voluntad del demandante, se alegue en su favor su propia culpa, para pretender con ello un ascenso a un grado superior, con un curso totalmente inconducente. Por lo anterior, el Ministerio de Defensa disiente respetuosamente de las opiniones expresadas por el señor Fiscal del Tribunal, según las cuales la administración debe correr con el error que cometió al permitir adelantar al oficial un curso que no le correspondía. Ello sería valedero, en opinión del Ministerio, si por su propia voluntad hubiera caído en el error indicado, pero la situación es esencialmente diferente. La administración, se repite, fue inducida a error por el distinguido demandante y luego se invocó en su favor dicho error para obtener el ascenso al grado de capitán de corbeta, con un curso no previsto en la ley".

La Sala acoge las anteriores razones, en virtud de las cuales, según indica el señor apoderado del Ministerio, no es posible afirmar, como lo hace el fallo apelado, que el oficial Sarmiento Rodríguez haya cumplido todos los requisitos exigidos por la ley para el ascenso al grado de capitán de corbeta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto emitido por la Fiscalía,

Falla:

Revócase la sentencia apelada, dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de julio de 1968, y, en su lugar, **se niegan** las súplicas contenidas en la demanda promovida por el teniente de navío Guillermo Sarmiento Rodríguez.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue estudiado y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 24 de septiembre de 1969.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Belisario Arciniegas, Alvaro Orejuela Gómez.

Susana de Echeverri, Secretaria.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

SUBSIDIO FAMILIAR.— De agentes de la policía retirados y en goce de pensión.— **Si el artículo 10 de la Ley 72 de 1947 estableció que las pensiones de los retirados deberán ser oscilantes, o sea que deben variar de acuerdo con los sueldos asignados a los respectivos cargos, o sus equivalentes, parece apenas lógico entender la voluntad del legislador en el sentido de que la pensión global del beneficiario sea igual a la asignación global del funcionario en actividad.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Andrés Holguín**).

Se debate en este juicio si un agente retirado de la Policía Nacional tiene derecho al subsidio familiar establecido por el artículo 2º de la Ley 17 de 1961.

El demandante, señor Víctor M. Rodríguez Sabogal, pidió el reconocimiento de ese subsidio, de conformidad con el citado artículo 2º de la Ley 17, fundado en que había trabajado por más de quince años en la Policía Nacional y se le había reconocido el derecho a disfrutar de una pensión o asignación de retiro, pero la Caja de Sueldos de Retiro de esa institución negó su pedimento, por medio de Resolución número 311 de 28 de julio de 1966, y el Ministerio de Defensa Nacional confirmó esa providencia —dice la demanda— en Resolución número 5831 de 1º de septiembre de 1966.

Frente a esa negativa de la administración, el señor Rodríguez Sabogal, por medio de apoderado y ejercitando la acción de plena jurisdicción, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acción encaminada a obtener la anulación de aquellas dos resoluciones y, como consecuencia, el reconocimiento de que la Caja mencionada debe pagar al actor el subsidio familiar de que viene disfrutando pero liquidado en la forma ordenada por el artículo 2º de la Ley 17 de 1961.

El juicio fue tramitado regularmente en el Tribunal, ante el cual emitió oportunamente concepto de fondo el señor Fiscal, quien estimó que las peticiones del demandante debían ser negadas por esa corporación. El Tribunal dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 1968,

en la cual, acogiendo el concepto fiscal, negó las peticiones contenidas en el libelo. La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra el citado fallo de noviembre último, motivo por el cual el negocio llegó al Consejo de Estado. En esta corporación se ha tramitado el recurso legalmente. El señor Fiscal Segundo emitió concepto de fondo y en auto de 28 de agosto de 1969 se citó a las partes para sentencia. Ejecutoriada dicha providencia, con posterioridad a la cual el señor apoderado del actor presentó, a título meramente informativo, copias de un concepto fiscal y de dos sentencias, sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia de segunda instancia con base en las siguientes

Consideraciones

El artículo segundo de la Ley 17 de 1961, que es la disposición invocada por el demandante, primero ante la administración y luego ante los tribunales, dice así:

"Artículo 2º Los agentes de la Policía Nacional casados, o viudos con hijos legítimos, tendrán derecho al "subsidio familiar" que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:

"Si es casado, o viudo con hijos menores, un treinta por ciento (30%).

"Además un subsidio adicional, para uno y otro, del cinco por ciento (5%) por el primer hijo, y cuatro por ciento (4%) por cada uno de los restantes.

"El personal civil de la Policía Nacional gozará del mismo subsidio familiar de que trata el presente artículo.

"Parágrafo. Para tener derecho al subsidio de que trata este artículo es requisito indispensable que el interesado compruebe que sostiene su hogar o que sus hijos dependen económicamente de él".

Considera el señor Fiscal del Tribunal que, con anterioridad a la expedición de la Ley 17 de 1961, había dos estatutos diferentes sobre subsidio familiar, uno para los retirados (Art. 16 Ley 74 de 1945 y Art. 9º Ley 72 de 1947) y otro para oficiales en servicio (Decreto 326 de 1959); el primero fijaba una cuantía del 10% y el segundo del 30%. Por ello, estima que al ser dictada la Ley 17 de 1961, o sea al ser modificada la situación del personal en servicio activo, no pudo implícitamente quedar derogado el estatuto sobre el personal en retiro. Agrega el mismo Fiscal que en el caso estudiado no puede aplicarse el artículo 10 de la Ley 72 de 1947, según el cual todo aumento en el sueldo del personal en actividad determina un reajuste del sueldo del personal en retiro, porque el subsidio familiar no hace parte de la pensión de jubilación, por lo cual la norma citada sólo puede entenderse en el sentido de que la pensión debe ser pagada con las oscilaciones correspondientes al sueldo del personal activo. Agrega el Agente del Ministerio Público que en el fallo de 6 de mayo de 1968, esta Sala del Consejo fijó su criterio sobre la situación de los agentes de la Policía retirados por invalidez, llegando a la conclusión de que tienen derecho a un subsidio familiar igual al del personal en actividad: "Si esto es así —concluye—, si al pensionado por invalidez se le aplican respecto del

subsidio familiar las disposiciones referentes a quienes se encuentran en ejercicio activo y no las disposiciones de quienes están retirados es porque a éstos no se les puede aplicar las normas que gobiernan el subsidio para el personal en actividad y por lo tanto el artículo 2º de la Ley 17 de 1961 no modificó en manera alguna los porcentajes que rigen para el personal pensionado".

El fallo del Tribunal acoge las razones así expuestas por su Fiscal y agrega que, en su opinión, la ley establece, en realidad, dos clases de beneficiarios del subsidio familiar: los agentes en servicio activo y los pensionados, que quedan gobernados por dos regímenes distintos. Agrega también el Tribunal que el texto mismo del artículo 2º de la Ley 17, en cuanto habla de **agentes**, confirma lo dicho, pues no puede confundirse el agente con el ex-agente, ya que el pensionado, que no está en actividad, ha dejado de ser propiamente "agente". Concluye el Tribunal diciendo que el argumento del demandante, en el sentido de que la disposición citada no excluye expresamente a los pensionados, carece de fuerza suficiente, pues lo que ocurre es lo contrario, esto es, que —para que la acción pudiera tener éxito— se requeriría que la norma hubiera comprendido expresamente al personal retirado; lo cual viene a quedar confirmado —dice la sentencia— con el citado fallo del Consejo de Estado, pues si los pensionados por invalidez tienen derecho al subsidio del personal en actividad, ello quiere decir que los demás pensionados no pueden pedir un tratamiento igual a ese en tratándose de la liquidación del mencionado subsidio.

Por su parte, el señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, doctor Osvaldo Abello Noguera, al emitir concepto de fondo el 26 de agosto último, estimó que el fallo de primera instancia debe ser confirmado por esta corporación.

La Sala no puede acoger los planteamientos y conclusiones que han formulado el Tribunal y su Fiscal colaborador.

Aunque del texto del artículo 2º de la Ley 17 de 1961, no puede desprenderse que comprenda a los agentes retirados y en goce de pensión, pues no alude en forma expresa a ellos, sin embargo es forzoso estudiar si, en virtud de otras normas, pueden tener derecho al subsidio familiar establecido en aquella disposición.

Hay que pensar, ante todo, que el objeto del subsidio familiar constituye un apoyo o subvención en favor del grupo familiar, como su nombre lo expresa, que viene a constituir un aditamento al sueldo básico del funcionario en servicio activo o a la pensión del retirado. Así, en principio, no se ve la razón, ni legal ni práctica, para afirmar que el subsidio familiar deba estar sujeto a dos regímenes y dos estatutos diferentes, uno para los que están en servicio activo y otro para los retirados.

Además, la finalidad misma del subsidio es la de beneficiar con una suma de dinero a los familiares de quien recibe el sueldo o la pensión; de modo que sería notoriamente injusto, en principio, también, establecer una diferencia radical en el subsidio (tan notoria como la que va de un 30% a un 10%) para dos grupos de familias, la del funcionario en actividad y la del retirado con pensión. No se ve, así, por qué motivo la esposa o los hijos del agente en actividad deban recibir un subsidio superior a la esposa o los hijos del agente retirado y pen-

sionado, ya que, aunque se pague directamente al funcionario o al pensionado, es sin embargo un beneficio decretado en favor de sus familiares.

Por otra parte, si el artículo 10 de la Ley 72 de 1947 estableció que las pensiones de los retirados deberán ser oscilantes, o sea que deben variar de acuerdo con los sueldos asignados a los respectivos cargos, o sus equivalentes, parece apenas lógico entender la voluntad del legislador en el sentido de que la pensión global del beneficiario sea igual a la asignación global del funcionario en actividad.

Como lo dijo en otra oportunidad el Consejo de Estado (sentencia de fecha 21 de julio de 1965, con ponencia del doctor Guillermo González Charry, juicio de Telésforo Cujar Salcedo), el subsidio familiar está constituido o representado por un valor monetario que incrementa los sueldos del personal en actividad por lo cual debe seguirse la regla general según la cual todo aumento en los sueldos de actividad determina un reajuste en los sueldos o asignaciones de retiro. Aunque pueda distinguirse, evidentemente, el sueldo del subsidio familiar, los dos constituyen la asignación total que recibe el funcionario en actividad y parece claro que el legislador ha querido que sea esa asignación total la que reciba, igualmente, el pensionado. Y en el caso concreto de la Policía Nacional, el Consejo de Estado tiene establecido, como se indica en el mismo fallo de 1965, que el subsidio familiar hace parte del sueldo, es decir, que constituye parte de la base sobre la cual los sueldos de retiro y las pensiones deben liquidarse.

Estas cuestiones fueron analizadas por el Consejo de Estado, como queda dicho, en el fallo de 21 de julio de 1965, por lo cual es pertinente transcribir los siguientes conceptos consignados en ese proveído:

"El artículo 1º de la Ley 152 de 1960, hizo extensivo al personal civil de la Policía el beneficio establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1947, es decir el de que sus pensiones de jubilación oscilaran de acuerdo con los sueldos señalados en todo tiempo a los cargos respectivos o a sus equivalentes. Tal ley de 1947 estableció una prima de alojamiento en su artículo 9º, para el personal civil y militar, que posteriormente fue transformado en el subsidio familiar; y esa prima de alojamiento se pagaba no solamente al personal en servicio, sino al pensionado, como lo demuestra el caso de autos en donde el demandante viene recibiendo con su pensión el valor de la prima de alojamiento que se le liquidó al reconocérsele el derecho. Ahora se encuentra en vigencia la Ley 17 de 1961, a partir del 1º de enero del mismo año, cuyo artículo 2º, incisos 1º y 3º, dispone para los agentes de la Policía Nacional casados o viudos un subsidio familiar del 30% sobre el respectivo sueldo básico, más uno adicional del 5% por el primer hijo y del 4% por cada uno de los restantes. El 4º inciso agrega que "el personal civil de la Policía Nacional gozará del mismo subsidio familiar de que trata el presente artículo" y, finalmente, el parágrafo dispone que para tener derecho al subsidio el interesado debe comprobar que sostiene su hogar o que sus hijos dependen económicamente de él.

"Ciertamente ni esta disposición, ni la de 1960, se refieren concretamente al personal pensionado o con sueldo de retiro. Mas no es este

argumento suficiente para sostener que no tengan derecho al subsidio, porque mientras él esté constituido o representado en un valor monetario que incremente los sueldos de actividad, civiles o militares, debe seguirse la regla general consignada en los textos que se citan en la demanda y particularmente en la Ley 72 de 1947, conforme a los cuales todo aumento en los sueldos de actividad debe determinar un reajuste de los sueldos de retiro o de las pensiones de jubilación. Por otra parte, el sólo hecho de que expresamente la ley no hubiera impedido la incorporación del subsidio en la liquidación de pensiones y sueldos de retiro, indica que, contrariamente a lo sostenido por los actos acusados, el legislador quiso que respecto de ella se continuara la regla general a que acaba de hacerse referencia. De otro lado, esta Sala, en fallo de 6 de febrero del corriente año (caso de Edilberto García Ulloa) dejó claramente establecido que el subsidio familiar hace parte de los sueldos del personal civil de la Policía Nacional, es decir, que constituyen parte de la base sobre la cual los sueldos de retiro y pensiones deben liquidarse.

"Todo lo anterior conduce a afirmar el derecho del demandante, sin que sea innecesario advertir la diferencia que existirá entre esta doctrina y la sentada en fallo de 10 de diciembre de 1963 (Clara Inés Urbina vda. de González) sobre la función del subsidio familiar en los sueldos de retiro de los oficiales del Ejército, ya que esta última se basa en texto expreso que prohibe su incorporación".

Además, el razonamiento del Fiscal del Tribunal se funda básicamente en que el subsidio familiar no hace parte de la pensión de jubilación, por lo cual estima que lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 72 de 1947 sólo puede entenderse en el sentido de que la pensión se pagará con las oscilaciones del sueldo de actividad, pero cree la Sala que, aunque el subsidio pueda distinguirse de la pensión, como puede distinguirse del sueldo, es, sin embargo, un aditamento de la pensión, que viene a integrarla, por lo cual las oscilaciones del sueldo-subsidio deben producir paralelos efectos en pensión-subsidio; lo único importante es que las asignaciones, la de actividad y la de retiro, deben ser iguales, en virtud de la norma legal sobre oscilación de la pensión a medida que oscila el sueldo del personal activo. Esto es lo legal; y, sin duda, es lo justo.

Por otra parte, el fallo del Consejo, de fecha 6 de mayo de 1968, citado por el Tribunal y su Fiscal, sólo estudia el caso del pensionado por invalidez, llegando a la conclusión de que tiene derecho a un subsidio familiar igual al subsidio de que disfruta el personal en servicio activo; pero de allí no puede inferirse, en sana lógica, que el personal retirado, por causa distinta de invalidez, carece del derecho a ese subsidio familiar igual al del personal en servicio activo. Todo lo contrario: los argumentos expuestos por el Consejo, en la sentencia de mayo de 1968, sirven precisamente de apoyo para pensar que los pensionados, como el demandante Rodríguez Sabogal, tienen derecho al subsidio, en la forma y cuantía establecidos por el artículo 2º de la Ley 17 de 1961.

El argumento formulado por el Tribunal, en el sentido de que el artículo 2º de la Ley 17 se refiere a los agentes de la Policía Nacional y no comprende, por tanto, a los ex-agentes, es sin duda de poco fundamento, porque la ley se refiere indistintamente a unos y otros con la

denominación de "agente", bien sea en servicio activo, bien sea en goce de la asignación de retiro, como lo ha subrayado en su alegato ante el Consejo el señor apoderado del demandante, quien cita, entre otros textos, en apoyo de lo dicho, el artículo 61 del Decreto 3178 de 1968, según el cual "los agentes de la Policía en goce de asignación de retiro o pensión..." tienen los derechos establecidos en esa norma. Esa interpretación, demasiado literal del texto olvida el propósito del legislador cuando expidió el artículo 10 de la Ley 72 de 1947 y demás normas que están encaminadas a equilibrar la pensión de los agentes o exagentes pensionados de la Policía Nacional con el sueldo, entero, es decir, adicionado con todas sus primas y subsidios, correspondiente a los agentes en actividad.

No sobra observar, con base en los documentos presentados por el señor apoderado del demandante junto con su memorial de 17 de septiembre último, que uno de los Consejeros que suscribe este fallo, el doctor Belisario Arciniegas, al emitir concepto como Fiscal Primero de la corporación, en el juicio del señor Telésforo Cujar, estimó que el personal civil pensionado de la Policía Nacional tiene derecho al subsidio familiar de acuerdo con las disposiciones del artículo 2º de la Ley 17 de 1961; que ese concepto fue acogido por el Consejo de Estado en la sentencia citada expedida, en aquel mismo juicio, el 21 de julio de 1965; y que, con posterioridad al fallo ahora apelado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha cambiado su doctrina, como lo revela la sentencia proferida el 10 de septiembre de 1969 en el juicio del señor José A. Tinjacá Arévalo (con ponencia del Magistrado Humberto Mora Osejo), llegando el a quo a la conclusión de que los actos impugnados, como los acusados en este juicio, infringen los artículos 10 de la Ley 72 de 1947 y 2º de la Ley 17 de 1961 y que el demandante —en ese caso el señor Tinjacá Arévalo— tiene derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le pague el subsidio familiar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º tantas veces mencionado.

Las razones expuestas llevan a la Sala a la conclusión de que debe anular la resolución proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en cuanto se negó a liquidar el subsidio familiar del demandante de conformidad con el artículo 2º de la Ley 17 de 1961 y que, por tanto, debe ser revocado el fallo de primera instancia.

De otra parte, observa la Sala que por medio de la Resolución número 311 de 28 de julio de 1966, expedida por el Gerente de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se negó al demandante la liquidación del subsidio en la forma prevista por el artículo 2º de la Ley 17 de 1961. Apelada esa resolución el Ministerio de Defensa Nacional dictó la Resolución número 5831 de 1º de septiembre de 1966, por la cual no se confirmó la Resolución número 311 de la Caja, como erróneamente se afirma en la demanda, sino que se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante. Se fundó el Ministerio, para adoptar esa decisión, en que el demandante no sustentó oportunamente el recurso de apelación. Esta es cuestión que no analizaron ni el Tribunal ni los dos fiscales que han intervenido en el juicio y, sin embargo, para la Sala es muy claro que, de conformidad con el Decreto 2733 de 1959, y las normas del Código Contencioso Administrativo, el recurso de apelación no requiere ser sustentado, por lo cual la citada Resolución número 5831 adolece de un vicio capital,

Ese vicio consiste en que el Ministerio ha debido resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Rodríguez Sabogal, estudiando el fondo de la cuestión debatida, en lugar de declarar, como declaró, desierto el mismo recurso de apelación; y ese vicio debe llevar a esta Sala a anular en todas sus partes la aludida resolución ministerial.

En un caso similar, en que el Ministerio de Defensa Nacional declaró igualmente desierto el recurso de apelación, con base en que no había sido sustentado por el interesado, esta Sala expresó los siguientes conceptos que son en un todo aplicables al presente negocio:

"Por su parte, en la Resolución número 8262, dictada el 29 de diciembre de 1966 por el Ministerio de Defensa Nacional, se considera que el apoderado del señor Guerrero Espejo interpuso en tiempo oportuno el recurso de apelación contra la mencionada Resolución número 1889; que los recursos de reposición y apelación son medios de impugnación contra las providencias administrativas propios del procedimiento gubernativo establecido en los artículos 10 y siguientes del Decreto 2733 de 1959, recursos de los cuales el interesado debe hacer uso de los términos allí fijados, "quedando ejecutoriada la providencia —dice la resolución ministerial— si no se ha sustentado oportunamente el recurso interpuesto"; cita la resolución un comentario del profesor Eustorgio Sarria, según el cual los recursos de reposición y apelación "se deben fundamentar con amplitud"; agrega la misma resolución que, en el presente caso, pasaron los plazos legales sin que el apoderado del actor "haya sustentado por escrito el recurso interpuesto, quedando por tanto, la mencionada providencia debidamente ejecutoriada, de conformidad, con lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 2733 de 1959", por todo lo cual resuelve el Ministerio declarar desierto el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución número 1889 ya mencionada.

"La Sala no comparte las razones así expuestas en la Resolución ministerial número 8262, cuyo contenido se ha sintetizado. El Decreto 2733 de 1959, al modificar la situación antes regida por el Código de lo Contencioso Administrativo, fue expedido con el propósito y espíritu de beneficiar a los peticionarios en sus reclamos o solicitudes frente a la administración, de modo que resulta ilógico interpretarlo en el sentido de que, si no se sustentan recursos como el de apelación, las respectivas providencias administrativas quedan ejecutoriadas.

'Tal requisito no está consignado en parte alguna por el citado Decreto 2733. Los artículos 10 y 11 señalan la manera de hacer la notificación de las providencias administrativas; el artículo 12 agrega que, sin el lleno de tales requisitos de notificación —personal o por edicto—, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos la respectiva providencia, a menos que el interesado, dándose por suficientemente enterado, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales. El artículo 13 establece, como norma general que por la vía gubernativa proceden los recursos de reposición ante el mismo funcionario que pronunció la providencia —para que la aclare, modifique o revoque— y el de apelación ante el inmediato superior, con el mismo objeto. No establece tal norma que el recurso de apelación deba ser sustentado o fundamentado. A su vez, el artículo 14 —disposición en la

cual se apoya el Ministerio de Defensa Nacional— dice que de uno y otro recurso (reposición y apelación) ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto o de quince días contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo; "transcurridos estos plazos —agrega el artículo 14— sin que se hubiere interpuesto recurso, la providencia quedará ejecutoriada".

"Significa lo anterior que, según el capítulo II del Decreto 2733 de 1959, del recurso de apelación ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los plazos allí fijados y que, transcurridos tales plazos sin que se hubiere interpuesto recurso, la providencia queda ejecutoriada. Una cosa es que el recurso de apelación deba formularse por escrito, (o que de él deba quedar constancia por escrito), lo cual es apenas natural en un procedimiento como el gubernativo que no tiene trámites puramente orales; cosa muy distinta es que el recurso de apelación —como ha interpretado el Ministerio— deba ser sustentado o fundamentado, piensa la Sala que si el interesado se limita a interponer en tiempo y por escrito el recurso de apelación, el superior tiene la obligación de resolverlo, estudiando el contenido de la providencia del inferior para decidir si debe aclararla, modificarla o revocarla. Tal es, en entender de la Sala, la recta interpretación de las normas pertinentes del Decreto 2733 de 1959. Y, por tanto, estima el Consejo que la resolución ministerial en referencia debe ser anulada". (Fallo de 21 de marzo de 1969, juicio de Juan Guerrero Espejo, con ponencia del mismo Consejero que sustanció el presente negocio).

Se concluye de todo lo anterior que las dos resoluciones impugnadas en este juicio son nulas y que la Sala debe reconocer el derecho alegado por el demandante respecto de la cuantía del subsidio familiar que debe pagarle la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto emitido por la Fiscalía Segunda, **revoca** la sentencia apelada, dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de noviembre de 1968, y, en su lugar,

Falla:

1º Son nulas las Resoluciones números 311 y 5831 expedidas el 28 de julio y el 1º de septiembre de 1966, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y por el Ministerio de Defensa Nacional, respectivamente.

2º Como consecuencia de la nulidad decretada en el numeral anterior, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, dentro del término fijado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, reconocerá y pagará al demandante Víctor M. Rodríguez Sabogal el subsidio familiar correspondiente a su asignación de retiro, desde la fecha de su retiro de la institución, liquidado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 17 de 1961.

3º Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue estudiado y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 24 de septiembre de 1969.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Belisario Arciniegas, Alvaro Orejuela Gómez.

Susana de Echeverri, Secretaria.

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

INCENTIVOS TRIBUTARIOS.— Para industrias nuevas. **Con la finalidad de canalizar las inversiones hacia renglones que fomenten la producción de mercancías de primera necesidad, para sustituir importaciones y diversificar las exportaciones, el legislador de 1960 a través de la Ley 81 de ese año estableció incentivos tributarios que comprenden exenciones al impuesto sobre la renta hasta del ciento por ciento para todas las industrias básicas indispensables para el desarrollo económico del país. Entre las industrias beneficiadas relacionó expresamente las complementarias a la producción de hierro que en más de un 50 por 100 utilicen en su proceso de transformación artículos de Acerías Paz del Río (Art. 114). La exención la extendió a los socios de las sociedades comerciales en el caso de industrias nuevas, porque el legislador consideró que las personas naturales al vincular su capital a una actividad económica sin antecedentes técnicos ni comerciales corre un riesgo que no debía aumentarse con impuestos y que era necesario compensar con mayores incentivos (Art. 112).**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente número 1089. Juicio de nulidad del artículo 2º de la Resolución 803 de 1966 del Ministerio de Desarrollo Económico y restablecimiento del derecho. Exención del impuesto sobre la renta a los socios o accionistas que tengan por objeto el desarrollo de industrias nuevas complementarias a la producción de hierro. Actor: Industria de Metales Imetal Limitada.

Para resolver la solicitud elevada por Industria de Metales Imetal Limitada, de Cali, para que se declarara que su actividad económica desarrollada durante el año de 1965 fue la correspondiente a una industria complementaria a la producción de hierro y nueva, a fin de conseguir la exención de impuestos sobre la renta y complementarios tanto de la sociedad como de los socios, el Ministro de Fomento —hoy de Desarrollo Económico— expidió la siguiente resolución:

"803. Por la cual se reconoce la actividad económica de un contribuyente para los efectos de que trata el artículo 114 de la Ley 81 de 1960.

"El Ministro de Fomento, en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el Decreto 1393 de 1961, y

"Considerando:

"Que el artículo 2º de la Resolución ejecutiva número 197 de 1961 fijó en un 100% la cuantía de la exención del impuesto sobre la renta de que gozarán de acuerdo con los artículos 114 y 115 de la Ley 81 de 1960, las sociedades que tengan por objeto permanente y exclusivo el desarrollo de industrias complementarias a la producción de hierro, y que en más de un 50% utilicen en su proceso de transformación artículos de Acerías Paz del Río S. A.;

"Que el parágrafo único del artículo 112 de la Ley 81 de 1960 extendió la exención del impuesto 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;

"Que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1393 de 1961, las industrias complementarias a la producción de hierro son nuevas 'cuando tienen por objeto la obtención de artículos no producidos en el país antes de la vigencia de la Ley 81 de 1960, o fabricados pero en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales...';

"Que el artículo 1º del Decreto 1731 de 1966 definió lo que debe entenderse por producción notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales, considerándola como tal, cuando la 'proporción entre la producción y el consumo nacionales anteriores a la vigencia de la Ley 81 de 1960 no exceda del cincuenta por ciento (50%)';

"Que de conformidad con el artículo 2º del decreto anteriormente citado 'la proporción de que habla el artículo anterior se determinará con base en las estadísticas oficiales sobre el valor de la producción nacional en el año de 1959 y el valor del consumo nacional en el mismo año. A falta de estadísticas oficiales sobre el consumo nacional, se aceptará que dicho consumo equivale al promedio de la suma de las importaciones y la producción nacional, si la hubo, en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la vigencia de la misma ley';

"Que la sociedad 'Industria de Metales Imetal Ltda.', constituida por escritura pública número 451 del 3 de febrero de 1964, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Cali, ciudad de su domicilio, por conducto de su representante legal, el señor Ignacio Martínez Zuluaga, solicitó oportunamente a este Ministerio el reconocimiento de que su actividad económica desarrollada durante el año gravable de mil novecientos sesenta y cinco, fue la correspondiente a una industria complementaria a la producción de hierro y nueva, presentando la documentación exigida para el efecto;

"Que en virtud de la facultad consagrada en el artículo 13 del Decreto 1393 de 1961, se practicó una inspección ocular a las

instalaciones de la empresa acreditándose, como consta en el informe de fecha 13 de junio del año en curso, que la sociedad tiene por objeto permanente y exclusivo la fabricación de alambre de púas, puntillas, clavos para zinc, tachuelas para tapicería, moscas para zapatería, estoperoles, clavos acerados, zunchos;

"Que de la revisión de los libros de contabilidad de la empresa se acreditó que en su proceso de transformación la sociedad empleó, durante el año gravable de mil novecientos sesenta y cinco, artículos manufacturados por Acerías Paz del Río S. A., en una proporción del 96.42% sobre el valor total de la materia prima utilizada;

"Que con base en los datos estadísticos de los Anuarios General y de Comercio Exterior del Dane, correspondientes a los años de 1957 a 1959 se determinó que la proporción entre la producción y el consumo nacionales de alambre de púas y de puntillas, principales y mayores líneas de producción de la empresa, es de 68% y 108% respectivamente, excediendo en esta forma el 50% requerido para obtener el calificativo de industria nueva, por lo cual no es procedente su reconocimiento;

"Que por Resolución número 475 de 26 de abril de 1965, artículo 1º, numeral 3º, el Ministro de Fomento delegó en el Secretario General y en el Jefe de la Rama Técnica del Ministerio, la tramitación y firma de las providencias que se expidan reconociendo el carácter de industria básica y complementaria a la producción de hierro;

"Resuelve:

"Artículo 1º Para los efectos de que trata el artículo 114 de la Ley 81 de 1960, **reconócese** que la actividad económica desarrollada por la sociedad 'Industria de Metales Imetal Ltda.', durante el año gravable de mil novecientos sesenta y cinco, fue la correspondiente a una industria complementaria a la producción de hierro.

"Artículo 2º **Niégase** el reconocimiento de industria nueva a la actividad económica desarrollada por la sociedad 'Industria de Metales Imetal Ltda.'

"Artículo 3º Contra la presente resolución cabe el recurso de reposición del cual se puede hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación personal, o desde la desfijación del edicto si se notifica en esta forma.

"Notifíquese y cúmplase.

"Dada en Bogotá, a 30 de agosto de 1966. (Fdo.) "Julio Escobar, Secretario General. (Fdo.) "Enrique Muñoz Díaz, Jefe de la Rama Técnica".

Interpuesto recurso de reposición, el Ministro la confirmó por la Resolución número 1219 de 14 de diciembre de 1966.

La sociedad comercial, por medio de su representante legal, estableció demanda ante el Consejo de Estado para que declare la nulidad

de la decisión tomada por el funcionario en el artículo 2º de la resolución transcrita y, en cambio, se le reconozca la condición de industria nueva a la actividad económica por ella desarrollada según la calificación del artículo 3º del Decreto nacional número 1393 de 1961.

En concepto de la sociedad demandante el funcionario administrativo violó los artículos 26, 30 y 215 de la Constitución Nacional, por cuanto la negativa al reconocimiento de industria nueva la fundó en el Decreto número 1731 de 1966, que anuló el beneficio de la exención consagrada en el Decreto 1393 de 1961, desconoció derechos adquiridos y se aplicaron normas inconstitucionales. Igualmente estima violados los artículos 115 de la Ley 81 de 1960 y 3º del Decreto 1393 de 1961, ya que la resolución acusada se fundó sobre el monto de los consumos aparentes o estimados y no sobre los consumos reales respecto de los artículos producidos por Imetal.

El Fiscal del Consejo, doctor Aguilar Vélez, conceptúa:

"No es exacto afirmar, como se pretende, que se hubiese vuelto más gravosa la situación de la compañía demandante, ni que se le hubiese desconocido ningún derecho adquirido, ni menos que hubiese habido una aplicación retroactiva de la ley. Si se aplicara el artículo 3º del Decreto 1393 de 1961, tendría que concluirse que el Ministerio de Fomento con la facultad discrecional que le otorgaba dicha norma bien podía calificar a la empresa Imetal como no nueva porque los productos fabricados por ella no lo eran en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales.

"Además, estima la Fiscalía, la norma reglamentaria ha de considerarse incorporada en la reglamentada y por lo mismo no es posible hablar de aplicación retroactiva del Decreto de 1966, ni de inaplicabilidad. No existe, por lo tanto, violación de las normas constitucionales mencionadas por el demandante.

"La Ley 81 de 1960 y el Decreto 1393 de 1961 no fueron tampoco violados porque estas normas no fijaban bases ciertas para estimar cuando la producción era notablemente inferior a los requerimientos del consumo nacional".

Agotado el trámite propio del juicio ordinario y en firme el auto de citación para sentencia, procede la Sala a desatar la controversia, previas las consideraciones que siguen.

Con la finalidad de canalizar las inversiones hacia renglones que fomenten la producción de mercancías de primera necesidad, para sustituir importaciones y diversificar las exportaciones, el legislador de 1960 a través de la Ley 81 de ese año estableció incentivos tributarios que comprenden exenciones al impuesto sobre la renta hasta del ciento por ciento para todas las industrias básicas indispensables para el desarrollo económico del país.

Entre las industrias beneficiadas relacionó expresamente las complementarias a la producción de hierro que en más de un 50 por 100 utilicen en su proceso de transformación artículos de Acerías Paz del Río (artículo 114).

La exención la extendió a los socios de las sociedades comerciales en el caso de industrias nuevas, porque el legislador consideró que las personas naturales al vincular su capital a una actividad económica sin antecedentes técnicos ni comerciales corre un riesgo que no debía aumentarse con impuestos y que era necesario compensar con mayores incentivos (artículo 112).

Por Decreto número 1393 de 1961 el Presidente de la República reglamentó las normas de la Ley 81 de 1960 relacionada con los incentivos tributarios y estableció que tenían la condición de nuevas "cuando tienen por objeto la obtención de artículos no producidos en el país antes de la vigencia de la Ley 81 de 1960 o fabricados pero en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales o mediante nuevos procedimientos que superen en forma importante las técnicas empleadas anteriormente" (artículo 3º). Este mismo decreto reglamentario adscribió al Ministerio de Fomento la calificación de industrias básicas y nuevas solicitada por los interesados para efectos de obtener las exenciones tanto de la sociedad como de los accionistas.

Cinco años después, el primer mandatario expidió el Decreto número 1731 de 1966 aclaratorio del artículo 3º del Decreto 1393 de 1961, en el sentido de que las industrias básicas y las complementarias a la producción de hierro se consideran nuevas cuando la producción en 1959 no excedía el 50% al consumo nacional, proporción que se determinaría con base en las estadísticas oficiales y a falta de éstas al promedio de la suma de las importaciones y la producción nacional en los tres años inmediatamente anteriores a la vigencia de la Ley 81 de 1960.

Como se vio por la resolución acusada, la sociedad Industria de Metales Imetal Limitada se fundó en febrero de 1964 y el reconocimiento de su actividad económica la solicitó para el año gravable de 1965, habiendo aceptado el Ministerio que se trataba de industria complementaria a la producción de hierro pero no nueva, por cuanto la proporción entre la producción y el consumo nacionales "de alambre de púas y de puntillas, principales y mayores líneas de producción de la empresa es de 68% y 108% respectivamente, excediendo en esta forma el 50% requerido para obtener el calificativo de industria nueva", de conformidad con el Decreto 1731 de 1966.

Al resolver el recurso de reposición el Ministerio consideró que este último decreto "como disposición reglamentaria del Decreto 1393 de 1961 está en rigor contenido en él, dándole operancia, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares, sin que se pueda hablar por tanto de aplicación retroactiva del mismo".

De tal suerte que lo primero es precisar si la solicitud de Imetal para que a su industria se le diera el calificativo de nueva debía resolverse con base en las normas del Decreto reglamentario 1393 de 1961, que considera como tal a las que tienen como objeto producir artículos no elaborados en Colombia o fabricados "pero en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales" o de conformidad con la regla del Decreto 1731 de 1966, aclaratorio del anterior, que dice que la producción es "notablemente inferior" al con-

sumo cuando no excede del 50 por 100, regla que fue la aplicada por la administración para resolver la petición de la sociedad demandante.

El Presidente de la República utilizó en debida forma y oportunamente la facultad constitucional reglamentaria al expedir el primero de los decretos, porque las normas generales de la Ley 81 de 1960 sobre incentivos tributarios exigían que se desenvolvieran para asegurar su aplicación, y lo hizo sin contrariar sus preceptos, esto es, dentro del marco de la ley.

Y el criterio adoptado para determinar si una industria es nueva al decir que por tal debía entenderse la que elabore artículos no producidos en el país o fabricados pero en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales fue acertado, pues no sometió tal funcionario encargado de la calificación a una regla mecánica o inflexible, sino que se limitó a darle una pauta para dar una solución adecuada en cada caso concreto y siempre dentro del espíritu general de la ley que es el de conseguir la implantación en Colombia de industrias que fomenten la producción de mercancías de primera necesidad para sustituir importaciones y diversificar las exportaciones.

Tal criterio fue modificado y no simplemente aclarado por el Decreto 1731 de 1966 al decir que por industria nueva se considera la que elabora productos fabricados en Colombia pero cuando la proporción entre la producción y el consumo no exceda del 50 por 100. Y modificó y no simplemente aclaró la anterior norma porque la diferencia entre la producción y el consumo puede ser notable aun excediendo del 50 por 100.

Para el caso que ahora estudia la Sala lo que interesa es rectificar el concepto del Ministro de que puesto que el Decreto 1731 de 1966 es aclaratorio del 1393 de 1961 está contenido en éste y puede aplicarse para resolver situaciones anteriores sin violar el principio de la irretroactividad. Bien es cierto que tanto el artículo 14 del Código Civil como el 58 del Código de Régimen Político y Municipal establecen que las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes se entienden incorporadas en éstas y tienen efecto desde la promulgación de la ley interpretada. Pero acontece que la facultad de interpretación auténtica sólo la tiene el Congreso Nacional, en virtud de la atribución constitucional del artículo 76, numeral 1º, de la Carta. Además, para que una ley pueda calificarse de interpretativa debe limitarse a declarar el sentido de una anterior pues si contiene normas nuevas pierde tal carácter.

Resulta indudable que la nueva regla establecida por el Decreto 1731 de 1966 para calificar si una industria es nueva debe aplicarse es a las que se establezcan con posterioridad al mismo decreto, pero de ninguna manera para las que se fundaron con base en las normas del Decreto 1393 de 1961, cuya calificación debe ser resuelta con sujeción a las prescripciones de éste.

Esta solución ajustada a los principios de hermenéutica, es también la más razonable tratándose de aplicar normas dictadas con la finalidad de conseguir la inversión de capitales en industrias nuevas mediante el halago de menores cargas impositivas. No resultaría equitativo que fundada una industria bajo el imperio de determinada nor-

ma que la favorece, luego se pretenda aplicarle una nueva posterior a la instalación de la fábrica que hace más gravosa su situación económica con el argumento de que es simplemente interpretativa de la anterior.

Puesto que está fuera de toda duda que la fábrica de la sociedad demandante se fundó en 1964 y que la solicitud para que se le tenga por nueva se refiere a la actividad económica desarrollada en 1965, debió haberse resuelto con base en las normas del Decreto 1393 de 1961.

Según los informes de visitas practicadas por funcionarios del Ministerio de Fomento a las instalaciones de la fábrica Industria de Metales Imetal Limitada de la ciudad de Cali (folio 60 y siguientes), se evidencia que el principal producto elaborado es el alambre de púas, ya que en el año de 1965 de una producción total por valor de $ 5.923.556.67 fabricó tal artículo por valor de $ 4.586.215.63, lo que indica que la actividad económica de la fábrica tuvo por objeto principal la producción de ese artículo.

Los mismos informes señalan que el alambre de púas tuvo un consumo nacional en el período de 1957 a 1959 por valor de $ 30.324.926.00, que se discrimina así: Importado $ 18.705.148.00; producido en Colombia once millones seiscientos diecinueve mil setecientos setenta y ocho pesos ($ 11.619.778.00).

Resuelta la solicitud de la sociedad actora conforme a las normas del Decreto 1393 de 1961, que eran las vigentes cuando se fundó y durante el año de 1965 época para la cual solicita la exención, bien claro aparece que la diferencia entre la producción nacional y el consumo era notablemente inferior, esto es, grande o excesiva lo que permite calificar la actividad de Industria de Metales Imetal Limitada como industria nueva.

Se impone, por tanto, declarar la nulidad del acto acusado y en su lugar reconocer que la actividad económica de la empresa demandante correspondía a una industria nueva.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, oído el concepto del Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Declárase nulo el artículo 2º de la Resolución número 803 de 1966 del Ministerio de Fomento, confirmada por la Resolución número 1219 de 14 de diciembre de 1966 del mismo Ministerio.

2º Reconócese para los efectos de la Ley 81 de 1960 que la actividad económica desarrollada por Industria de Metales Imetal Limitada de Cali, en el año de 1965 corresponde a una industria nueva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

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

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

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

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

DIVISION DE IMPUESTOS NACIONALES

VACACIONES.— Están exentas de impuestos.— **Al reducir la exención por vacaciones al salario de 15 días, como lo dispuso el Director de Impuestos Nacionales en la circular 10012 de 1968, infringió de manera directa y ostensible la norma del artículo 15, numeral 8º, de la Ley 63 de 1967, ya que le dio una interpretación que choca abiertamente contra su tenor literal, claro y expreso.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente número 1040. Juicio de nulidad del numeral 30 del oficio circular número 10012 de 8 de mayo de 1968 de la División de Impuestos Nacionales. Exención por vacaciones. Actor: Juan de Dios Ospitia.

El Director de Impuestos Nacionales expidió el oficio circular número 10012 de 8 de mayo de 1968 con destino a todos los funcionarios de su dependencia "para su conocimiento y fines pertinentes", en el que les transcribe las conclusiones del seminario de los jefes de las secciones de liquidación de impuestos sobre la renta, celebrado en Bogotá en el mes de abril de 1968.

El numeral 30 de esa circular dice:

"Vacaciones. Con excepción de las devengadas por los maestros, quienes tienen derecho a dos meses por año, y de las especialmente establecidas para los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis y la aplicación de rayos X, quienes tienen derecho a disfrutar de quince días de vacaciones por cada seis meses de servicios, la exención por este concepto no puede exceder al salario de quince días".

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el abogado Juan de Dios Ospitia pidió al Consejo de Estado decrete la nulidad de la parte final del transcrito numeral en cuanto limita la exención por vacaciones al salario de quince días.

El demandante estima viciados con el mencionado acto los preceptos de los artículos 181 del Código de Procedimiento Civil, 44 del Código Contencioso Administrativo, 1º del Decreto-ley 3664 de 1950, la parte final del artículo único del Decreto-ley 2159 de 1966 y el ordinal 8º y el parágrafo del artículo 15 de la Ley 63 de 1967.

Agotado el trámite legal propio del juicio ordinario, procede la Sala a decidir sobre la petición de nulidad del acto acusado. El Fiscal Tercero de la corporación conceptúa que debe resolverse favorablemente.

Consideraciones del Consejo

1. El oficio circular impugnado es sin lugar a duda un acto administrativo porque por medio de él el Director de Impuestos Nacionales les impone a sus subordinados determinadas normas de aplicación e interpretación de las leyes en materia fiscal que deben cumplir en las liquidaciones de impuestos sobre la renta y complementarios. Allí se dan órdenes del superior al inferior que al ser cumplidas pueden contrariar el orden jurídico establecido o lesionar derechos de los particulares reconocidos por las mismas leyes que se interpretan administrativamente.

De esta manera la circular queda comprendida dentro de la expresión "otros actos del gobierno" que emplea el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo para señalar los que pueden ser acusados ante la jurisdicción contenciosa y que no son ni decretos ni resoluciones.

2. Como se vio por la transcripción que arriba se hizo del numeral 30 de la circular impugnada, el Director de Impuestos Nacionales instruye a los liquidadores de impuestos sobre la renta y complementarios en el sentido de que por lo que hace a vacaciones sólo pueden reconocer como exención el salario que no exceda de quince días, con excepción de los maestros y los profesionales y sus ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis y la aplicación de rayos X.

En materia de exenciones del impuesto sobre la renta, la última ley sobre la materia, la 63 de 1967, dice en su artículo 15:

Prestaciones. Artículo 15. El artículo 22 del Decreto 1366 de 1967, que sustituyó el numeral 13 del artículo 47 de la Ley 81 de 1960, quedará así:

"Para los efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, están exentas las sumas que reciban los trabajadores o sus sucesores por concepto de las siguientes prestaciones:

"1. Las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedad.

"2. Las que impliquen protección a la maternidad.

"3. Los gastos de entierro del trabajador.

"4. El auxilio de cesantía.

"5. La pensión de jubilación o invalidez.

"6. El seguro por muerte.

"7. La prima de servicios de los trabajadores particulares y la de Navidad del sector público.

"8. Las vacaciones anuales.

"9. El subsidio familiar.

"Parágrafo. No estará exenta del impuesto la parte de las prestaciones enumeradas en este artículo que exceda de los límites señalados en las disposiciones legales, ni cualquier otro ingreso originado en la relación laboral".

De tal suerte que por lo que a vacaciones se refiere la exención del impuesto sobre la renta y complementarios está concebida con palabras tan claras que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador de que se reconozcan la totalidad de las vacaciones señaladas en las disposiciones legales, sin limitación alguna.

Por lo mismo al reducir la exención por vacaciones al salario de quince días, como lo dispuso el Director de Impuestos Nacionales en la circular acusada, infringió de manera directa y ostensible la norma del artículo 15, numeral 8º, de la Ley 63 de 1967, ya que le dio una interpretación que choca abiertamente contra su tenor literal, claro y expreso.

La violación de la norma citada trae consigo el desconocimiento y el agravio de intereses legítimos de los particulares, reconocidos por las siguientes normas superiores, entre otras:

Los artículos 186 y 310 del Código Sustantivo del Trabajo, que reconocen a los trabajadores particulares 15 días hábiles de vacaciones remuneradas por cada año de servicios, lo cual implica que en cualquier evento la renta exenta por concepto de vacaciones valdrá más de los quince días de salario a que se refiere la circular.

El artículo 8º de la Ley 126 de 1959, vigente en la fecha del oficio circular y sustituido luego por el artículo 108 del Decreto-ley 3071 de 1968, que concede a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares 20 días por cada año de servicio y 30 días cuando los servicios son prestados en el teatro de operaciones en conflicto internacional.

El artículo 64 del Decreto-ley 465 de 1961, sustituido por el artículo 86 del Decreto-ley 3072 de 1968, que conceden a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional 30 días de vacaciones por cada año de servicio.

El Decreto legislativo número 3664 de 1950, adoptado como ley por la 141 de 1961, que señala los días de vacaciones judiciales, así: los de fiesta nacional, los domingos, los de fiesta católica de guardar, los de semana santa y los comprendidos en el lapso del 20 de diciembre al 10 de enero inclusive, todos los cuales están exentos del impuesto sobre la renta.

3. La distinción que hace el abogado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público entre vacaciones y vacancia, en el sentido de que el primero hace referencia a una necesidad fisio-biológica y moral del hombre y el segundo a asuntos netamente relacionados con el despacho, para concluir que la prestación exenta por el artículo 15 de la Ley 63 de 1967 es la que dice relación con las vacaciones y de ninguna manera la del Decreto legislativo número 3664 de 1950, la rebate de manera concluyente el Fiscal del Consejo doctor Aguilar Vélez en su vista de fondo de la siguiente manera:

"Los términos **vacancia** y **vacaciones** tienen como raíz el infinitivo latino **vacare** (vacar). Veámoslo:

"**Vacar:** (1. Vacare, estar vacío). Intr. cesar uno por algún tiempo en sus habituales negocios, estudios o trabajo... Quedar un empleo o dignidad sin persona que lo desempeñe o posea ('Enciclopedia del Idioma' por Martín Alonso, Editorial Aguilar, Madrid 1958).

"El Diccionario Larousse trae, sustancialmente, la misma acepción:

" '**Vacar:** (Lat. vacare, estar vacío). Estar vacante. Cesar en sus funciones durante algún tiempo'.

"El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice:

" '**Vacante:** (Del lat. vacans-antis) p. a. de vacar. Que vaca'.

"Por tanto dícese **vacante** de lo que o de quien vaca. Aplicado a personas, es quien ejerce la acción de vacar; quien está en vacancia.

"Para definir este último término, el mismo Diccionario citado remite a la 2ª acepción de **vacante** después de haber señalado su origen del latín **vacantia.**

"Ahora bien, sentado que vacar es 'cesar en sus funciones durante algún tiempo'; que **vacancia** es el estado o situación de quien **vaca**, y que se dice **vacar** de quien cesa por algún tiempo en sus habituales negocios, estudios o trabajo, veamos cómo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define '**vacación:** (Del lat. vacatio-onis) f. Suspensión de los negocios o estudios por algún tiempo, u. m. en pl. 2. Tiempo que dura la cesación del trabajo. u. m. en pl.... 4. Acción de vacar un empleo o cargo. 5. Vacante, 2ª acepción.

"Como se ve, tanto para **vacancia** como para **vacación**, remite el Diccionario a **vacante**, y tanto una como otra de las dos primeras expresiones contienen esencialmente la idea de cesar en forma temporal las actividades de estudio o trabajo.

"Las distintas y necesarias terminaciones de los diversos vocablos, en nada desnaturalizan la identidad de la raíz latina de los términos que nos ocupan.

"Por el aspecto semántico, pues, no es posible establecer diferencia entre ellos.

"Quiere el impugnador doctor Rojas Pacheco asignarles un significado diverso con base en los textos legales en que están contenidos.

Pero cree la Fiscalía que, al contrario, también la ley ha tratado los términos **vacancia** y **vacaciones** como sinónimos.

"Efectivamente, el artículo 181 del Código Judicial dice que 'los días de **vacancia judicial** son...' y señala como tales los de fiesta nacional, de fiesta católica de guardar, de semana santa y los comprendidos entre 20 de diciembre y 20 de enero inclusive. (Subraya la Fiscalía).

"A este último lapso de **vacancia** se refiere el **considerando** del Decreto 3664 de 1950 llamándolo 'lapso de **vacaciones judiciales**', y es al mismo al cual se llama nuevamente de **vacancia** y se lo reduce en su duración por mandamiento del artículo 1º del mismo decreto.

"A este mismo lapso señalado en el artículo 181 del Código Judicial y en el decreto últimamente citado, se le llama **vacaciones** en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

"Si por el aspecto del significado de los debatidos términos no puede establecerse diferencia, tampoco por el aspecto jurídico. Se ha demostrado cómo, evidentemente, la ley no asigna a ellos contenido alguno que los haga diversos".

Lo expuesto es suficiente para concluir que la petición de la demanda debe prosperar.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Es nula la instrucción trigésima contenida en el oficio circular número 10012 de 8 de mayo de 1968 de la División de Impuestos Nacionales en su parte final que dice: "La exención por este concepto no puede exceder al salario de quince días".

Una vez en firme esta sentencia se comunicará con copia íntegra de su texto para su cumplimiento al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS

DESVIACION DE PODER Y FALSA MOTIVACION.— Como causales de nulidad de los actos administrativos.— **Una cosa es la falsa motivación del acto y otra, muy distinta, la desviación del poder público. Esta desviación por parte del funcionario, conduce a veces, pero no siempre, a una falsa motivación del acto gubernativo. El elemento que debe llevar a la anulación del acto no es tanto la falsa motivación como la desviación de poder. Por ello, lo esencial, en un caso como el de autos, no es si hubo o no falsa motivación sino, más bien, si hubo una evidente desviación del poder público, que condujo al funcionario a motivar falsamente su providencia. Por ello, es indispensable, en cada caso concreto, analizar los motivos determinantes del acto, para llegar a concluir si hubo o no desviación del poder y si, por lo mismo, el acto debe ser anulado.**

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Andrés Holguín**).

La Empresa Colombiana de Aeródromos (ECA) apeló de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de diciembre de 1967 dentro del juicio promovido por el señor Carlos Arturo Ortiz Rodríguez.

La parte resolutiva de la sentencia apelada dice así:

"Primero. Declárase nula la Resolución número 1997 de 17 de noviembre de 1964, proferida por el señor Gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos y "por la cual se declara insubsistente el nombramiento hecho a un empleado de la Empresa Colombiana de Aeródromos".

"Segundo. En consecuencia, dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la Empresa Colombiana de Aeródromos deberá reintegrar al señor Carlos Arturo Ortiz Rodríguez en el cargo de radio-operador de segunda categoría, de la Sección de Comunicaciones de dicha Empresa, en la Estación de Radio del Aeropuerto de Palanquero, que venía ocupando anteriormente; o en otro cargo de igual o superior categoría en grado, nivel y remuneración al que desempeñó hasta el 20 de noviembre de 1964.

"Tercero. Asimismo, la Empresa Colombiana de Aeródromos reconocerá y pagará al demandante o a su representante legal, dentro del término a que se refiere el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, el valor de los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y demás prestaciones sociales que dejó de percibir durante el tiempo que ha permanecido cesante, es decir, desde el 21 de noviembre de 1964, hasta el día en que se le restituya al cargo mencionado en el punto precedente, para cuyos efectos se declara que no ha existido solución de continuidad en el desempeño de sus funciones, por parte del actor".

De esta manera, el fallo de primera instancia ha sido favorable a las pretensiones del demandante. Este desempeñó el cargo de radio-operador de segunda categoría de la Sección de Comunicaciones de ECA, con base en el Aeropuerto de Palanquero, desde 1960, hasta el 20 de noviembre de 1964, cuando, en virtud de la Resolución número 1997 de la Empresa citada, su nombramiento fue declarado insubsistente. El señor Ortiz Rodríguez solicitó la declaración de nulidad de dicha resolución, con restablecimiento pleno de su derecho, o sea reintegrándolo al cargo que ocupaba y pagándole los sueldos y primas dejados de percibir, a todo lo cual accedió el Tribunal en el fallo apelado, como se ha indicado ya.

Se fundan la demanda y el fallo —lo mismo que el concepto fiscal favorable al actor— en que la resolución que declaró insubsistente el nombramiento del señor Ortiz adolece de "falsa motivación", ya que allí se adujo, como motivo para esa declaración de insubsistencia, o de destitución, el cierre de la estación de radio del Aeropuerto de Palanquero, lo cual quedó enteramente desvirtuado con las pruebas allegadas al juicio, ya que se acreditó fehacientemente que esa estación de radio ha funcionado sin interrupción desde 1956.

Estima el Tribunal, en la sentencia recurrida, que, tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, como lo era el señor Ortiz Rodríguez, la ECA. habría podido destituirlo haciendo uso de la correspondiente facultad legal pero que, habiendo aducido un motivo inexacto, para hacer la destitución, incurrió en grave falta, constitutiva del fenómeno jurídico de la "falsa motivación", que acarrea la nulidad del acto respectivo, en este caso la de la resolución impugnada. Consecuencia de esa nulidad es el restablecimiento del demandante en su derecho.

Debe analizar el Consejo de Estado si el fallo apelado está bien fundamentado.

Se observa, ante todo, que en la resolución acusada se aduce expresamente, como motivo de la declaración de insubsistencia, el cierre de la citada estación de radio. Dice, en efecto, el artículo único de la Resolución número 1997 dictada por el Gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos el 17 de noviembre de 1964:

Artículo único. Por cierre de la Estación de Radio del Aeropuerto de Palanquero, declárase insubsistente, a partir del veinte (20) de noviembre del corriente año, el nombramiento hecho al señor Carlos Arturo Ortiz Rodríguez, para el cargo de radio-operador de 2ª categoría, de la Sección de Comunicaciones de la Empresa Colombiana de Aeródromos, en dicho Aeropuerto".

Está ampliamente comprobado en el informativo que el cierre de la estación de radio de Palanquero no tuvo lugar. Los certificados que obran a folios 27, 29, 34 y 35 son claros y decisivos al respecto.

El Fiscal Primero del Consejo conceptúa que el fallo apelado debe ser confirmado por esta Sala. El demandante —dice el señor Fiscal— "no estaba amparado por una inamovilidad siquiera relativa, y la decisión de removerlo estrictamente no estaba sujeta a la motivación. Pero una vez que la motivación se produce, ella debe corresponder a la verdad". Es decir, acepta la Fiscalía que el acto acusado adolece de falsa motivación. Ese mismo es el planteamiento hecho por el señor apoderado del demandante, cuando afirma que, al dictar el acto impugnado, hubo desviación de poder por parte del Gerente de la ECA, pues tal funcionario habría podido "declarar insubsistente el nombramiento recaído en la persona de mi representado, desde luego que se trataba de un empleado de libre nombramiento y remoción", pero estima que se configura la desviación de poder a causa de la falsa motivación dada a la resolución impugnada.

Piensa la Sala que en el presente negocio se ha dado un alcance excesivo a la doctrina de la falsa motivación y la desviación de poder.

En efecto:

Es claro que la administración debe dictar sus providencias ajustándose estrictamente a la realidad. Sus afirmaciones deben ser siempre verídicas. Los considerandos y motivos de los actos gubernativos deben estar ajustados a los hechos, y ser fiel reflejo de ellos por razones de orden legal y moral.

Pero partiendo de esas bases axiomáticas cuestión distinta es la que consiste en determinar cuándo una errada motivación implica desviación de poder del funcionario y acarrea por tanto la nulidad del acto respectivo.

La doctrina del Consejo de Estado no ha sido uniforme sobre el particular. Tesis muy matizadas se han expuesto en la corporación en diversos fallos y salvamentos de voto. En todo caso, no puede afirmarse, pura y simplemente, que toda errónea o inexacta motivación implique desviación del poder público y haga nulo el acto administrativo.

A raíz de la expedición del Código Contencioso Administrativo la doctrina del Consejo de Estado fue muy estricta en esta cuestión, estimando que la falsa motivación conllevaba la nulidad de la providencia, pero en fallos posteriores la doctrina se atemperó y buscó un mejor equilibrio conceptual. A ese cambio de criterio alude la sentencia de 30 de julio de 1959 (con ponencia del Consejero doctor Andrés Augusto Fernández) al decir:

"La jurisprudencia inicial del Consejo de Estado fue por entero severa en la materia, pero a partir de la sentencia de 8 de octubre de 1951, de la que fue ponente el Consejero Eduardo Piñeros y Piñeros, se hizo más benévola para la administración, aunque es de hacer notar que tal amplitud no fue unánime por parte de quienes, de entonces para acá, han constituido la Sala de lo Contencioso Administrativo,

ya que se ha tratado de fallos votados por mayoría, respecto de los cuales se suscribieron importantes salvamentos de voto".

Sin embargo, en la citada sentencia de 1959, el Consejo de Estado regresó a un criterio de extrema severidad al analizar el caso en que la administración había dado por aceptada una renuncia inexistente. Dijo entonces el Consejo:

"Todo lo que hasta aquí se ha venido exponiendo por la Sala en la forma empleada, deja comprender que quiere regresar a la prístina jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que siempre, con rigurosidad plausible, se declaró la nulidad de los actos emanados de la administración pública que se expedían con fundamento en hechos que no eran verdaderos.

"La verdad, se ha dicho repetidamente, es una de las piedras angulares sobre que debe descansar el mundo de relación en todas sus diferentes actividades. Y si dentro de la acción individual es una necesidad primordial para que a base de buena fe, se desarrollen normal y correctamente las relaciones entre el género humano y la sociedad dentro de la que convive, con mucha mayor razón debe ser la verdad el fundamento de toda la actividad y funcionamiento del Estado, de la administración pública que los pone en marcha, y de los funcionarios o agentes públicos que la representan.

"La administración pública se debe por entero a la ley que, siempre debe ser considerada como expresión auténtica de una verdad en general, aunque excepcionalmente pueda en ciertos casos no serlo. Por tanto, aquélla no debe y no puede transitar sino por los caminos claros y firmes que la ley permite, no siéndole posible hacer uso de sus facultades o de sus prerrogativas, sino dentro del cumplimiento exacto de las normas positivas reguladoras de sus actividades en pro del buen cumplimiento de las obligaciones que le impone la correcta marcha de los servicios públicos.

"Dentro de la rama jerarquizada de los servidores del Estado, especialmente cuando se trate de situar fuera del servicio público a uno de ellos por el superior, pudiéndolo franca y claramente por cuanto los ordenamientos positivos lo permiten, o sea, ejerciendo el llamado derecho de libre remoción, no hay para qué apelar a pretextos que si bien con un criterio paternalista podrían ser aceptables, sin embargo, en muchas oportunidades no sirven sino para disfrazar la realidad, lo verdadero, y evitar la franqueza que debe también caracterizar a los actos administrativos". (Tomo LXI-bis página 129).

En 1961, el Consejo tuvo oportunidad de estudiar otros casos de falsa motivación. Así, por ejemplo, en el fallo de 14 de septiembre de 1961 (con ponencia del Consejero doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez), el Consejo analizó otro asunto en que la administración había aceptado una renuncia que el funcionario jamás había presentado, y allí se insistió, especialmente, en la necesidad de estudiar los motivos determinantes del acto gubernativo, sobre la base de que un error de la administración, aunque implique una falsa motivación material, no acarrea la nulidad del acto. En tal juicio, fueron negadas las peticiones de la parte demandante. Así, la aceptación de la renuncia inexistente no conlleva fatalmente la nulidad del acto, según doctrina del Consejo de Estado.

En varias oportunidades, aunque el Consejo ha encontrado plenamente acreditada la "falsa motivación", no ha hallado probada la desviación del poder, pues ha buscado en las pruebas aducidas los motivos determinantes del acto y ha encontrado, con frecuencia, que el acto fue dictado en bien del servicio público, por lo cual no ha anulado la providencia respectiva.

Cabe hacer, de este modo, una importante distinción. Una cosa es la falsa motivación del acto y otra, muy distinta, la desviación del poder público. Esta desviación por parte del funcionario, conduce a veces, pero no siempre a una falsa motivación del acto gubernativo. El elemento que debe llevar a la anulación del acto no es tanto la falsa motivación como la desviación de poder. Por ello, lo esencial, en un caso como el de autos, no es si hubo o no falsa motivación sino, más bien, si hubo una evidente desviación del poder público, que condujo al funcionario a motivar falsamente su providencia. Por ello, es indispensable, en cada caso concreto, analizar los motivos determinantes del acto, para llegar a concluir si hubo o no desviación del poder y si, por lo mismo, el acto debe ser anulado.

Quiere referirse la Sala, de manera particular, al fallo de 29 de septiembre de 1961 (con ponencia del Consejero doctor Alejandro Domínguez Molina), por ser el caso en que el Consejo de Estado ha analizado más extensa y penetrantemente un negocio similar, en cierta forma, al que ahora estudia. Mediante esa sentencia, el Consejo falló el juicio promovido por un oficial del Ejército, quien pidió la anulación del decreto que lo había retirado del servicio activo aduciendo como motivo la propia voluntad del oficial. Entonces el Consejo, aunque halló demostrada la falsa motivación, negó las súplicas de la demanda.

En aquel fallo se observa que el Gobierno tenía facultad legal para retirar del servicio activo al oficial demandante —como ocurre en el presente negocio— y que la demanda se funda en que el decreto adujo un motivo inexacto: la propia voluntad del oficial para el retiro, siendo así que él obró en cumplimiento de una orden superior. Después de transcribir algunos conceptos del profesor Jeze, concluye el fallo que, lejos de sostener el tratadista francés "la tesis de que cuantas veces se demuestra que es falso el motivo invocado en la decisión, el acto deba anularse", insiste en la necesidad de indagar los motivos determinantes del acto.

En el mencionado fallo de 29 de septiembre de 1961 se transcriben los siguientes párrafos de Jeze, particularmente aplicables al caso que hoy estudia la Sala:

"El solo hecho de que el motivo alegado sea materialmente falso, **podrá** (subraya) tener como consecuencia la nulidad del acto aunque el agente público no estuviese obligado a motivarlo... ESTA NULIDAD NO ES POR OTRA PARTE, UNA CONSECUENCIA INELUDIBLE (mayúsculas de la Sala). **Ello depende de las circunstancias de la causa"** (subrayado del texto, mayúsculas de la Sala). (III, página 236).

"Cuando la resolución por la que se jubila a un agente público se dicta a su pedido, es deseable que mencione este pedido, sobre todo si la solicitud condiciona la competencia del jefe de servicio.

"Cuando el jefe de servicio puede jubilar de **oficio** al agente público, la mención "a su pedido" resulta inútil. El pedido no condiciona el ejercicio de la competencia.

"En la práctica sucede a veces que el jefe de servicio declara **inexactamente** que se ha dispuesto la jubilación a pedido del agente. Se trata, en ese caso, de una medida de benevolencia, de cortesía, a fin de no herir la susceptibilidad del agente alcanzado por la medida y hacer creer al público que aquél abandona el servicio por su propio deseo, por conveniencias personales. Esta mención, en principio, aunque sea incierta, no entraña la nulidad jurídica de la resolución, puesto que el jefe de servicio ha obrado en la plenitud de su competencia. Sin embargo, el agente público podría pedir al Consejo de Estado, mediante un recurso por exceso de poder, la anulación de la **mención**, no de la resolución **en casos completamente excepcionales**, si las circunstancias de hecho no dieran lugar a una medida de benevolencia, sino a una maniobra embustera y dolosa del jefe de servicio, debería pronunciarse la nulidad de la jubilación" (subrayados del texto, II, página 306).

Cita también el fallo de 1961 esta observación del profesor Jeze: "El señor M. reunía las condiciones de edad y de años de servicios exigidos por... la ley... para poder jubilarse. Así, su jubilación no ha tenido el carácter de medida disciplinaria. Por otra parte, si por error el decreto impugnado... expresa que el señor M., ha sido jubilado a su pedido, la inexactitud de tal mención (subrayado) no puede viciar el decreto de ilegalidad **en las circunstancias del caso**".

Y, sobre esas claras bases doctrinarias, agrega el citado fallo del Consejo de Estado:

"De acuerdo con estas doctrinas y aún aceptando que el retiro del teniente coronel Ferro no fuera, como lo dice el decreto acusado, "por voluntad propia", esta inexactitud no viciaría de ilegalidad este acto, dadas las circunstancias de que el Gobierno podía retirarlo sin que existiera su solicitud por tener más de quince años de servicio".

Concluye más adelante el mismo fallo:

"De modo que al solicitar su retiro en nota del mes de agosto siguiente, el teniente coronel Ferro no hizo más que satisfacer la voluntad del Gobierno que quería retirarlo del servicio activo y que aunque podía hacerlo sin contar con la voluntad del oficial, por benevolencia, por cortesía y para que el público creyera que su retiro se debía a su propia voluntad, le pidió que lo solicitara, para que el decreto no apareciera como dictado por la voluntad exclusiva del Gobierno.

"Pertinente es observar, por lo demás que los oficiales "que sean retirados por voluntad del Gobierno después de los quince años de servicio" "o a solicitud propia después de los veinte años" están sometidos a la misma regla sobre asignación de retiro y por consiguiente, en nada se afectan económicamente, porque el retiro aparezca tomado por una u otra razón. Véase al efecto el artículo 100 del Decreto legislativo 3220 de 1953.

"Las razones antes expuestas son suficientes para que la Sala no encuentre viciado de ilegalidad el decreto acusado y por tanto, debe negar las súplicas de la demanda".

Con posterioridad a 1961, son varios los fallos dictados por el Consejo de Estado sobre el mismo problema de la falsa motivación. La Sección Segunda, en una sentencia reciente, con ponencia del Consejero doctor Alvaro Orejuela Gómez, sustentó la tesis de que la falsa motivación conlleva la nulidad del acto (juicio de Luis Ignacio Guzmán Díaz, fallo de fecha 31 de mayo de 1969). En estas circunstancias, la Sala, integrada con el doctor Blas Herrera Anzoátegui, como conjuez, en remplazo del Consejero Orejuela Gómez, quien se halla impedido en este negocio por haber suscrito, como Magistrado del Tribunal de Cundinamarca, la sentencia de primera instancia, ha acordado someter al estudio de la Sala Plena del Consejo de Estado el cambio de doctrina, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 528 de 1964.

Es lo cierto —observa ahora la Sala— que, de acuerdo con la tesis del profesor Jeze y la doctrina expuesta por el Consejo de Estado en la aludida sentencia de 1961, no siempre una falsa o errónea motivación implica la nulidad del acto administrativo.

De este modo, siguiendo la doctrina transcrita, cree la Sala que es necesario determinar, en cada caso concreto, cuál fue el origen de la falsa o errónea motivación; precisar si ella es un simple pretexto de la administración para tratar de dar la apariencia de validez a un acto que, de otra manera, sería claramente ilegal; e indagar cuáles han sido los motivos reales de la decisión adoptada mediante el acto que se acusa.

Es claro que si la falsa motivación aducida por la administración, atenta contra el honor del empleado destituido, contra su reputación o su decoro; si esa motivación —por implicar un concepto desfavorable— impedirá, más tarde, la reincorporación del empleado al servicio público; en una palabra, si esa motivación vulnera el patrimonio moral o económico del funcionario (independientemente del lucro cesante, que es la contingencia a que está sujeto todo empleado de libre remoción), es claro —se repite— que entonces el acto administrativo adolece de un vicio capital y debe ser anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el presente asunto, después de analizadas todas las pruebas que obran en el informativo, se llega a la convicción de que la remoción del demandante se produjo simplemente por el deseo de la ECA, de reorganizar y mejorar el servicio por cuanto la Empresa, al parecer, no estaba plenamente satisfecha por la manera como el demandante desempeñaba el cargo, motivo legítimo que no podría implicar la nulidad del acto.

La inexacta motivación dada por la ECA, a la Resolución número 1997 impugnada, o sea el cierre de la estación de radio de Palanquero, hecho que jamás se produjo, no atenta en nada contra el patrimonio económico o moral del demandante Ortiz Rodríguez. En todo caso, ninguna prueba tiende a demostrar daño alguno causado al actor.

Puede legítimamente pensarse que el motivo inexacto aducido por la ECA, fue apenas, como dice Jeze, "una medida de benevolencia, de cortesía, a fin de no herir la susceptibilidad del agente alcanzado por

la medida" y es claro que ese proceder de la administración se originó en el deseo de no producir una destitución inmotivada pero legal, que obviamente fastidia o perjudica a cualquier funcionario. Ese proceder, de benevolencia o cortesía, favorable al actor, no puede producir automáticamente la nulidad del acto.

De este modo, a lo más que podría aspirar el actor —como lo observa el profesor Jeze en uno de los párrafos transcritos— sería a que la justicia declarara que el motivo aducido por la ECA, es inexacto y que la desinvestidura se produjo en virtud de la facultad legal de la Gerencia de la Empresa para remover libremente al señor Ortiz Rodríguez y no por el supuesto cierre de la estación de radio. Pero esa declaración, además de que no está solicitada en esos términos, sería hoy completamente inane.

Tratándose de un empleado de libre remoción, la Empresa mencionada habría podido destituir al demandante Ortiz Rodríguez sin aducir motivo alguno, y en tal caso la remoción habría sido estrictamente legal. El hecho de que en la resolución acusada se adujera como motivo determinante sin serlo el cierre de aquella estación de radio, no puede invalidar el acto administrativo, pues la facultad legal del Gerente de la ECA no desaparece por haber aducido ese motivo o pretexto. Su facultad legal de remover al funcionario permanece intacta.

En realidad, no puede aceptar la Sala la tesis de que la simple remoción, sin motivo alguno, sea legal y que, en cambio, la destitución hecha con base en ese motivo que expresa, a no dudarlo, el deseo de reorganizar la respectiva dependencia en bien del servicio público sea ilegal.

Estima la Sala que no sería justo que el demandante, quien podía ser removido libremente de su cargo en cualquier momento (y de esa base partió al aceptarlo), se beneficie de manera desproporcionada por el hecho de que la Gerencia alegara el motivo indicado atrás. Si podía ser válidamente destituido, no se ve por qué razón —en virtud de la circunstancia anotada— haya de ser reincorporado al servicio y haya de recibir los sueldos y primas correspondientes a su cargo, desde 1964 hasta se le restablezca en su puesto. Esa solución resultaría gravemente injusta para la administración.

Además, debe observar la Sala que, si se adoptara la decisión del Tribunal, esto es, la anulación del acto de la ECA, la reincorporación del demandante al servicio y el pago de los sueldos y primas dejados de percibir, se llegaría —en cuanto este fenómeno pueda ser aplicable al derecho administrativo— a un enriquecimiento sin causa del señor Ortiz Rodríguez. En efecto: éste no era funcionario de carrera ni estaba amparado por norma alguna de inamovilidad, pues ocupaba un cargo de libre remoción: de modo que resultaría desorbitante admitir que, por haber sido removido aduciendo un motivo que en nada lo daña, sus derechos sustantivos hayan cambiado radicalmente.

Finalmente, observa la Sala que no existe norma legal alguna que establezca concretamente, como causal de nulidad del acto administrativo, su falsa o errónea motivación.

La única disposición que podría aducirse, como base de la doctrina sobre la falsa motivación, es el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que dice:

"Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados", es decir por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. "Esta acción —agrega la norma— se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por esos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere". (Subraya la Sala).

Es claro para la Sala que la falsa motivación no puede identificarse con la expedición irregular del acto, pues tal causal de nulidad alude evidentemente al procedimiento adoptado por el funcionario o por la corporación respectiva y no al contenido mismo de la providencia administrativa.

En esta forma, el apoyo de la doctrina sobre la falsa motivación sólo puede buscarse en el abuso o la desviación de las atribuciones del funcionario o la corporación, pero es claro que el demandante —en este caso u otros similares— tendría que demostrar ese abuso o desviación de poder, por lo cual si esa prueba no existe en el informativo, como no existe en el caso sub judice, la acción no puede prosperar.

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, en desacuerdo con el concepto emitido por el señor Fiscal Primero,

Falla:

1º Revócase la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 14 de diciembre de 1967.

2º No acceder a las peticiones de la demanda instaurada por el señor Carlos Arturo Ortiz Rodríguez.

3º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue estudiado y aprobado en la sesión celebrada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el día 19 de agosto de 1969.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge de Velasco Alvarez, Juan Hernández Sáenz, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Belisario Arciniegas, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesio Camacho Rodríguez, Hernando Gómez Mejía, Andrés Holguín, Blas Herrera Anzoátegui, Conjuez; *Miguel Lleras Pizarro, Alfonso Meluk, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge A. Velásquez D.*

Angel María Camacho, Secretario General.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

SOCIEDADES DE CAPITALIZACION.— Inversiones forzosas. Interpretación del artículo 7º del Decreto 1691 de 1960.— **La base para establecer el cuarenta por ciento de inversión forzosa es el valor de las reservas técnicas menos el valor de los préstamos con garantía de títulos. Y no, como lo sostiene la sociedad actora, que la base es el total de las reservas sin deducción alguna.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**).

Ref.: Expediente número 1174. Juicio de nulidad de la decisión tomada por la Superintendencia Bancaria y contenida en los oficios números DC-8586 de 1966 y 4681 de 1967 dirigidos al Gerente de la sociedad Capitalizadora Grancolombiana S. A. Liquidación de la cantidad que deben invertir obligatoriamente las sociedades de capitalización. Actor: "Capitalizadora Grancolombiana S. A."

La demanda

Por medio de apoderado especial la sociedad de capitalización denominada Capitalizadora Grancolombiana S. A., con domicilio en Bogotá demandó del Consejo de Estado que mediante el procedimiento ordinario de lo contencioso administrativo declare la nulidad de los siguientes actos:

"1º De la decisión contenida en el oficio número DC-8586 de fecha 28 de noviembre de 1966, por la cual la Superintendencia Bancaria se negó a autorizar a la Capitalizadora Grancolombiana para liquidar las inversiones forzosas de que trata el artículo 7º del Decreto número 1691 de 1960, aplicando al cuarenta por ciento (40%) de las reservas técnicas la deducción del valor total de los préstamos con garantía de títulos o cédulas, para determinar por el resultado de esa operación el monto de tales inversiones forzosas, tal como fue solicitado por comunicación de 8 de septiembre de 1966.

2º De la decisión contenida en el oficio número FS y C-257-4681, de fecha 22 de abril de 1967, mediante el cual la Superintendencia se

negó a reformar la contenida en el mencionado punto anterior, poniéndole fin a la vía administrativa".

En consecuencia y como restablecimiento del derecho, la sociedad actora pide:

3º Se disponga que la Capitalizadora Grancolombiana S. A. tiene libertad para prescindir de las inversiones forzosas que haya hecho, en razón de las mencionadas decisiones de la Superintendencia Bancaria, en cuanto excedan del guarismo que resulte liquidando su monto en la forma indicada en la petición primera de esta demanda y en los hechos y consideraciones de la misma".

Como hechos sustentadores de la acción, el apoderado expone los siguientes:

"1. Al tenor del artículo 7º del Decreto número 1691 de 1960, las sociedades de capitalización deben hacer ciertas inversiones forzosas, por un valor equivalente al 40% de las reservas técnicas menos el valor total de los préstamos con garantía de títulos o cédulas.

"2. El clarísimo tenor del texto citado no deja dudas respecto a que primero se saca el 40% del valor de las reservas técnicas y luego, al guarismo que arroja ese 40% se le resta el valor total de los préstamos con esas garantías, siendo el saldo final de las dos operaciones el monto de las inversiones forzosas.

"3. La Superintendencia Bancaria, en cambio, pretende que el monto de las inversiones forzosas se liquida, restándole **al total** (no al 40%) de las reservas técnicas, el monto de dichos préstamos y del resultado de esa operación toma el 40%, que asigna como base para tales inversiones obligatorias.

"4. Pero no existe ningún decreto, ni ninguna resolución de la Superintendencia, que establezca ese procedimiento irregular, sino que, en cada caso, cuando revisa las inversiones forzosas de las capitalizadoras, para cada mes, exige que se liquiden en la forma mencionada y no como la norma legal mencionada dice.

"5. La Capitalizadora Grancolombiana se dirigió a la Superintendencia, por oficio o memorial del 8 de septiembre de 1966, solicitándole autorización para liquidar sus inversiones forzosas, en la forma expuesta, con base en el artículo 7º del decreto citado.

"6. La Superintendencia se negó a admitir esa forma de liquidación y dispuso que debería procederse a determinar el monto de las inversiones de la Capitalizadora Grancolombiana, así: '...del valor de las reservas técnicas se resta el monto de los préstamos con garantía de títulos y del saldo se toma el 40% que es la base de las inversiones forzosas' (oficio DC-8586 de 28 de noviembre de 1966).

"7. Se solicitó reconsideración de la anterior decisión, por memorial de 13 de diciembre de 1966, la que fue negada por decisión contenida en la comunicación de fecha 22 de abril de 1967, Nº DS y C-257-4681.

"8. La Superintendencia ha certificado que con el último oficio quedó agotada la vía administrativa (véase anexo).

"9. Las decisiones mencionadas de la Superintendencia Bancaria causan grave perjuicio a mi representada, porque implican un considerable aumento de las inversiones forzosas y, por tanto, una notable disminución de su libertad para invertir en operaciones más productivas".

En el capítulo titulado "disposiciones violadas y concepto de la violación", razona así el personero de la sociedad actora:

"Dice el artículo 7º del Decreto número 1691 de 1960: 'El cuarenta por ciento (40%) de las reservas técnicas de las sociedades de capitalización, deducido el valor de los préstamos con garantía de títulos, se invertirá así': (siguen tres ordinales, detallando esas inversiones forzosas).

"El tenor literal, tanto en su simple forma gramatical, como en su contenido lógico-jurídico, es perfectamente claro: al cuarenta por ciento de las reservas técnicas, se deduce el valor de los préstamos con garantías de títulos; es absolutamente imposible interpretar, sin alterar su contenido, de otra manera ese texto. Porque decir: 'el cuarenta por ciento de las reservas, deducido el valor de los préstamos con garantía de títulos', es exactamente que decir: 'al 40% de las reservas se deducen los préstamos con garantía de títulos'.

"En cambio, la Superintendencia dice que el texto significa lo contrario de su tenor literal, a saber: al valor de las reservas (no a su 40%) se le resta el valor de esos préstamos y a la diferencia se le saca el 40%.

"Pero el texto del decreto-ley es terminante cuando dispone que el 40% se le saca al valor total de las reservas técnicas y luego se deduce el monto de esos préstamos.

"La Superintendencia, por el contrario, le deduce el valor de los préstamos al total de las reservas y no al 40% de éstas, como ordena el decreto.

"La violación aparece, pues, patente, indudable.

"Pongo un ejemplo:

"Reservas técnicas	$	1.000.000.00
40% de que habla el artículo 7º		400.000.00
Menos préstamos con cédulas		200.000.00
Valor de la inversión forzosa	$	200.000.00

Esto dice el decreto-ley.

"Pero la Superintendencia pretende que mi representada liquide esas inversiones forzosas así:

"Reservas técnicas	$	1.000.000.00
Menos préstamos con cédulas		200.000.00
		800.000.00
40% de inversiones forzosas		320.000.00

"Se aumenta en más de un 50% el monto de las inversiones forzosas.

"Se saca el 40% no a las reservas técnicas, como ordena el decreto-ley, sino a la diferencia entre éstas y los préstamos con garantía de títulos, lo cual es diametralmente opuesto al texto del artículo 7º.

"El texto no puede ser entendido contra su tenor literal, su sentido gramatical y su contenido lógico: es el 40% de las reservas técnicas y no el 40% de la diferencia que quede de deducir a éstas los préstamos. O dicho de otra manera: el 40% se aplica a la totalidad de las reservas técnicas y no al resultado de deducir de éstas los préstamos".

"Razón de ser de esa manera legal de liquidar las inversiones forzosas

"La razón es muy clara: los préstamos con garantías de títulos son, en realidad, inversiones forzosas, o se equiparan a éstas.

"La intención del legislador ejecutivo fue que las inversiones forzosas fueran, únicamente, el 40% de las reservas técnicas; pero como esos préstamos con garantía de títulos tienen idéntico carácter o se consideran en la misma situación, por cumplir idénticos fines, dispuso que a ese 40% nominal se restara el monto de esos préstamos.

"O dicho de otra manera: el legislador limitó la inversión forzosa al 40%, pero dejó a las capitalizadoras en libertad de escoger, entre esas inversiones forzosas que en el mismo texto se detallan o los préstamos con garantía de títulos.

"Por eso ordenó que al 40% del total de las reservas se restara el monto de esos préstamos, y no, como absurdamente pretende la Superintendencia, que los préstamos se restaran del total de las reservas y a la diferencia se sacara el 40%.

"Dice el artículo 27 del Código Civil: 'Cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento'.

"Este texto legal, de aplicación general a toda clase de normas y no solamente a las civiles, ha sido violado en forma manifiesta por la Superintendencia, porque, a contrario de lo que en él se ordena, desatendió el tenor literal claro del artículo 7º del Decreto-ley 1691 de 1960, para hacerle decir lo contrario a lo que en él se consagra, y porque, además, saca el pretexto de consultar (torcidamente, claro) su espíritu,

para dejar de lado su tenor literal inequívoco (el artículo 27 ordena que sólo cuando la ley es oscura se puede recurrir a su intención o espíritu).

"La violación de ese texto civil, condujo a la Superintendencia a violar, ostensiblemente también, el artículo 7º del citado Decreto 1691 de 1960, como se explicó atrás.

"Por los mismos motivos se violó el artículo 28 del Código Civil: 'Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras'. Porque la Superintendencia trata de desconocer el sentido y obvio, perfectamente claro, de la frase: 'el 40% de las reservas técnicas', para hacerle decir todo lo contrario: 'el 40% de lo que quede de deducir de las reservas técnicas los préstamos con garantía de títulos'. Violación que conduce también a la del mencionado artículo 7º del Decreto-ley 1691 de 1960.

"Desconoció el señor Superintendente Bancario, un principio elemental de hermenéutica: las normas legales que establecen prohibiciones o limitaciones al ejercicio de los derechos individuales, son de interpretación rigurosamente restrictiva. Porque ese artículo 7º es una prohibición de invertir libremente las reservas técnicas de las capitalizadoras y una limitación a ese derecho. Luego, si el claro tenor literal del artículo 7º comentado, es que sólo el 40% de esas reservas se debe invertir o en préstamos con garantía de títulos o en algunas de las operaciones que allí se indican, la Superintendencia no puede hacer una interpretación acomodaticia e ilegal para ampliar esa exigencia a más del 40%.

"Al adoptar esas decisiones, ampliando el mandato legal, cambiando sustancialmente su contenido, torciendo su tenor claro, desconociendo su simple posición de funcionario encargado de aplicar las leyes y no de modificarlas, ni reglamentarlas, ni mucho menos de desconocerlas, el Superintendente usurpó funciones privativas del Congreso Nacional y del Gobierno Nacional. Al obrar así, violó también los artículos 20, 30, 55, 76 y 120 de la Constitución Nacional, que regulan el ejercicio de la soberanía del Estado y distribuyen sus funciones, limitando la legislativa al Congreso y cuando hay estado de sitio al Gobierno Nacional y la reglamentaria de leyes a este último".

La parte pertinente del oficio número DC-8586 de 28 de noviembre de 1966 acusado dice:

"Señor doctor Jaime Michelsen Uribe, Gerente de Capitalizadora Grancolombiana, ciudad. Referencia: Su comunicación 148478 septiembre 8 de 1966. Solicitud sobre modificación del sistema para liquidar inversiones forzosas.

'Estimado doctor: En su atenta comunicación de la referencia, usted solicita autorización de este despacho para modificar el procedimiento que aplica la Superintendencia Bancaria en la liquidación de las inversiones obligatorias que ordena el artículo 7º del Decreto 1691 de 1960.

"Al respecto me permito comunicar a usted que no es procedente autorizar la modificación por usted solicitada en virtud de las siguien-

tes conclusiones a que ha llegado este despacho, luego de un detenido estudio jurídico y técnico sobre el particular:

"La Superintendencia Bancaria liquida la base, para efectos de las inversiones obligatorias que conforme al artículo 7º del Decreto 1691 de 1960 deben realizar las sociedades de capitalización, restando al valor de las reservas técnicas el monto de los préstamos que con garantía de títulos o cédulas se han otorgado y del resultado de tal sustracción toma el 40% que viene a ser la base para tales inversiones obligatorias.

"El Grupo Grancolombiano considera erradamente aplicada la disposición mencionada, porque según el texto del artículo 7º del decreto citado, es al 40% de las reservas técnicas que se deduce el valor total de los préstamos con garantía de títulos o cédulas y el resultado de tal sustracción representa el valor de las inversiones forzosas que debe realizar. Y solicita permitirle utilizar este procedimiento para las inversiones obligatorias que deba hacer.

"El verdadero sentido de la disposición aparece de su lectura desprevenida: 'deducido de las reservas técnicas de las sociedades de capitalización el valor de los préstamos con garantía de títulos, el 40% se invertirá...'. Así debe entenderse y liquidarse la base para efecto de las inversiones obligatorias.

"Que del valor de las reservas técnicas se resta el monto de los préstamos con garantía de títulos y del saldo se toma el 40% que es la base de las inversiones forzosas, no solamente aparece así obviamente, sino que fue razón fundamental para su pronunciamiento.

"En efecto: los activos de las sociedades de capitalización en gran parte están representados por cuotas de los suscriptores (reserva técnica) lo que las clasifica como depositarias del ahorro popular. La distribución de estos activos y la representación de sus reservas, hizo necesaria una reglamentación adecuada que encaminara las inversiones de estas sociedades hacia fines de utilidad social y más fácil liquidez, lo que llevó al Decreto 1691 de 1960 ya que el sistema de inversiones anterior a él, condujo a atender en forma preferencial a la rentabilidad y seguridad, no obstante existir partidas como la de 'depósitos de suscriptores' de exigibilidad inmediata.

"Fuera de los préstamos sobre títulos a que estaban sometidas las sociedades, las demás inversiones estaban representadas en préstamos hipotecarios que en más del 60% excedían el nivel medio económico de crédito y garantía, ordinariamente sobre una sola propiedad y la inversión en secciones aparecía concretada en un pequeño grupo de sociedades anónimas o de personas pudientes, lo que demostraba que las sumas provenientes del ahorro popular estaban invertidas en bienes que en realidad no incidían directamente el favor del sector económico que lo producía.

"....

"En consecuencia, no es admisible el procedimiento propuesto por el Grupo Grancolombiano por no interpretar correctamente el texto del artículo 7º del Decreto 1691 de 1960. De usted atentamente, Aníbal Fernández de Soto, Superintendente Bancario".

El segundo oficio acusado, de 22 de abril de 1967, reafirma los conceptos anteriormente expresados sobre la manera de liquidar la base para las inversiones obligatorias.

Admitida la demanda, practicadas las pruebas solicitadas y recibido el concepto del Ministerio Público, se citó para sentencia.

Concepto de la Fiscalía

El Fiscal Primero del Consejo doctor Caro Escallón en la vista de fondo conceptúa lo siguiente:

"Dos son las normas legales que el actor considera han sido quebrantadas por los actos acusados: el artículo 7º del Decreto-ley 1691 de 1960 y el artículo 27 del Código Civil. Esta disposición del Código reza así:

" 'Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento'.

"Sostiene el demandante que los oficios de la Superintendencia Bancaria arriba referidos violaron la norma transcrita del Código Civil, por cuanto desatendieron el tenor literal del artículo 7º del Decreto 1691 de 1960. Bajo el título 'inversiones obligatorias de las sociedades de capitalización', dispone la norma del decreto:

" 'Artículo 7º El cuarenta por ciento de las reservas técnicas de las sociedades de capitalización, deducido el valor de los préstamos con garantía de títulos, se invertirá así...'.

"Para cumplir con tal mandato, la Superintendencia Bancaria liquida la base de las inversiones obligatorias, según lo expresan los propios actos demandados 'restando al valor de las reservas técnicas el monto de los préstamos que con garantía de títulos o cédulas se han otorgado y del resultado de tal sustracción toma el cuarenta por ciento que viene a ser la base para tales inversiones obligatorias'. Ese es el sentido que obviamente se desprende de la ley, en el criterio de la Superintendencia y en el parecer de la Fiscalía. La expresión 'deducido' hace relación necesaria a una operación anterior, previa a la de tomar el cuarenta por ciento. Si el legislador hubiera querido darle el alcance que pretende la demanda, hubiera empleado términos tales como 'al cuarenta por ciento de las reservas técnicas se les deduce el valor de los préstamos con garantía de títulos, y el remanente se invertirá así...'. En la forma como está redactada la disposición, el proceso adoptado por la Superintendencia es el natural y lógico".

Para resolver, se considera

1. El Congreso Nacional, por medio del artículo 6º de la Ley 130 de 1959, revistió al Presidente de la República de facultades "para revisar y modificar el régimen legal vigente sobre inversiones de las ins-

tituciones de crédito, ahorro, de seguros y de capitalización del país, con el objeto de canalizar el ahorro nacional hacia la formación de capital que sea más adecuado para los fines del desarrollo económico del país, por parte del sector privado y del sector público".

En ejercicio de esas facultades el ejecutivo expidió, entre otros, el Decreto-ley número 1691 de 1960, por el que revisó y modificó el régimen de inversiones de las sociedades de capitalización, dividiendo las inversiones que podían hacer en **admisibles y obligatorias.**

Por lo que hace a las primeras, dispuso lo siguiente:

"Inversiones admisibles de las sociedades de capitalización

"Artículo 4º El capital y reservas o fondos en general de las sociedades de capitalización deberán invertirse en la siguiente forma:

"1º En los gastos de organización de las sociedades que inicien sus negocios, los que no excederán del diez por ciento del capital pagado y deberán quedar completamente amortizados a más tardar al fin del quinto año de ejercicio.

"2º En los muebles y equipos necesarios para el funcionamiento de las sociedades, hasta el quince por ciento del capital pagado y las reservas patrimoniales. En casos especiales el Superintendente Bancario podrá autorizar una inversión mayor.

"3º En préstamos con garantía de sus propios títulos los que no excederán de los respectivos valores de rescate.

"4º En obligaciones a interés de la nación o garantizadas por la misma.

"5º En obligaciones a interés de departamentos, intendencias, comisarías y distritos de la República o de establecimientos públicos nacionales, regionales, departamentales o municipales.

"6º En acciones y bonos de compañías anónimas nacionales sin que en los de una sola empresa la inversión exceda del diez por ciento del capital, las reservas patrimoniales y las reservas técnicas de la compañía inversionista.

"7º En cédulas que devenguen interés, emitidas por bancos hipotecarios que hagan negocios en Colombia.

"8º En bonos agrarios o industriales de entidades legalmente capacitadas para emitirlos.

"9º En bienes raíces situados en la República, asegurados por su valor destructible contra incendio.

"10. En préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes raíces situados en la República. El préstamo o el total de préstamos que se haga sobre un inmueble no podrá exceder del cincuenta por ciento de su precio de avalúo o del setenta por ciento del mismo cuando el préstamo se destine a adquisición o construcción de vi-

vienda. Si los préstamos se hacen sobre propiedad raíz sin mejoras o improductiva, el monto de la inversión no podrá ser mayor del cuarenta por ciento del precio de avalúo. Cuando en la propiedad edificada haya un edificio en construcción que una vez terminado constituya una mejora permanente, se considerará esa propiedad como mejorada y productiva. Ninguna compañía podrá prestar a una sola persona una suma superior al diez por ciento de su capital, reservas patrimoniales y reservas técnicas.

"11. En préstamos garantizados con prenda de los valores mencionados en los numerales 4º a 8º de este artículo, siempre que el valor comercial de tales garantías exceda por lo menos en un treinta por ciento al valor de la inversión.

"12. En caja y en cuenta corriente en bancos del país las cantidades requeridas para el giro normal de sus negocios.

"13. En los demás renglones propios de la actividad capitalizadora, previa aprobación del Superintendente Bancario".

Y por lo que respecta a las inversiones obligatorias, el decreto ordena:

"Inversiones obligatorias de las sociedades de capitalización

"Artículo 7º El cuarenta por ciento de las reservas técnicas de las sociedades de capitalización, deducido el valor de los préstamos con garantía de títulos, se invertirá así:

"a) En obligaciones a interés de la Nación o garantizadas por la misma, y en obligaciones a interés de los departamentos, intendencias, comisarías y distritos de la República, un treinta por ciento;

"b) En cédulas hipotecarias emitidas por bancos hipotecarios un veinticinco por ciento;

"c) En préstamos hipotecarios para vivienda económica, y en cédulas hipotecarias emitidas por bancos hipotecarios, un cuarenta y cinco por ciento".

2. En la "exposición de motivos" que el Gobierno presentó para explicar las modificaciones introducidas al régimen legal del mercado de capitales por el mencionado Decreto 1691, dijo:

"Modificaciones al régimen actual

"Era necesario modificar el régimen de inversiones forzosas de las compañías de seguros, las sociedades de capitalización, los bancos y las cajas de ahorros por las siguientes razones:

"a) La emisión de bonos de deuda interna que debían absorber los bancos, las cajas de ahorros y las aseguradoras, estaba agotada;

"b) Se debe consolidar y fortalecer el mercado de cédulas hipotecarias;

"c) Debía extenderse a las capitalizadoras la obligación de invertir en fomento de la vivienda y financiación de obras de desarrollo económico parte del ahorro popular de que son depositarias;

"d) Convenía apoyar la emisión de bonos para la financiación industrial por intermedio de las corporaciones financieras, los bancos y el Banco Central Hipotecario;

"e) Se debía simplificar y dar más flexibilidad al régimen vigente, especialmente en el caso de las compañías de seguros;

"f) Era posible —en síntesis— y muy importante, orientar la parte del ahorro institucional sujeta a inversión obligatoria, hacia la financiación de la vivienda, la agricultura, la industria y las obras de desarrollo económico que el Gobierno espera financiar con emisión de bonos de libre absorción".

"Sociedades de capitalización

"Los activos de éstas en gran parte están representados en cuotas de los suscriptores (reserva técnica) lo que las califica como depositarias del ahorro popular.

"La distribución de los activos y la representación de las reservas que tienen actualmente las sociedades de capitalización indican la falta de una reglamentación adecuada que encamine las inversiones de estas sociedades hacia fines de utilidad social y más fácil liquidez. En efecto, las inversiones actuales han sido hechas atendiendo en forma preferente a la rentabilidad y seguridad, no obstante que existen partidas como la de 'depósitos de suscriptores' de exigibilidad inmediata.

"Fuera de los préstamos sobre títulos a que están obligadas las compañías, las demás inversiones están representadas en préstamos hipotecarios (aproximadamente 24 por ciento). Por otra parte, cerca del 60 por ciento de los préstamos hipotecarios corresponden a préstamos de más de $ 200.000.00 de garantía; los bienes raíces están representados, generalmente, en una sola propiedad y la inversión en sociedades anónimas.

"Todo esto demuestra que las sumas provenientes del ahorro popular están invertidas en bienes que en realidad no inciden directamente en favor del sector que lo produce.

"Conviene, pues, darles carácter más social y mayor liquidez a las inversiones de las capitalizadoras.

"A este efecto el estatuto establece:

"a) Completar y precisar la reglamentación sobre inversiones autorizadas o admisibles de las sociedades de capitalización de la Ley 66 de 1947, limitando la inversión en bienes inmuebles, en acciones de una sola empresa y en préstamos hipotecarios a una sola persona, como se estipula en el artículo 4º de este estatuto y según la pauta adoptada en materia de compañías de seguros, como se indicó antes; y

"b) Someter a un régimen adecuado de inversión obligatoria a las sociedades de capitalización, tomando como base la reserva técnica neta, partida que refleja el 100 por ciento de las obligaciones de las sociedades y el 95 por ciento de su potencial económico. Establecer un 40 por ciento de inversión forzosa sobre esa base, que no resulta excesivo si se tiene en cuenta que, analizada la distribución de las inversiones actuales de las capitalizadoras, de cada $ 100.00 de reserva $ 30.00 están representados en préstamos a suscriptores, y el resto corresponde a bienes raíces, préstamos hipotecarios y acciones. En esta forma, aplicar un 40 por ciento sobre el remanente no parece excesivo. Ejemplo:

"Reserva técnica, $ 100.00

a) Préstamos sobre títulos	$ 30.00
b) Inversiones forzosas 40 por ciento de $ 70.00	28.00
c) Inversión voluntaria: $ 70.00 menos $ 28.00	42.00
	$ 100.00

"Es decir, las compañías podrían invertir libremente el 60 por ciento de la reserva técnica neta.

"Ese 40 por ciento de reserva técnica neta se invertiría en bonos de deuda pública (30 por ciento), cédulas hipotecarias (25 por ciento) y préstamos hipotecarios reglamentados (45 por ciento)" (Hernando Agudelo Villa, Memoria de Hacienda presentada al Congreso Nacional de 1960, Tomo principal, páginas 250 y 252).

3. Los antecedentes del Decreto-ley número 1691 de 1960 que se han dejado relatados, permiten concluir que el sistema adoptado por la Superintendencia Bancaria para fijar la cuantía de las inversiones obligatorias de las sociedades de capitalización está ajustado a lo que sobre la materia prescribe el mismo estatuto en el artículo 7º. Esto es, que la base para establecer el cuarenta por ciento de inversión forzosa es el valor de las reservas técnicas menos el valor de los préstamos con garantía de títulos. Y no, como lo sostiene la sociedad actora, que la base es el total de las reservas sin deducción alguna.

La pretensión de la Capitalizadora Grancolombiana de modificar la base de liquidación en la forma solicitada en la demanda obedece al error de que sus representantes estiman los préstamos con garantía de títulos como inversiones obligatorias, según se vio por la transcripción que arriba se hizo, ya que esos préstamos no tienen el carácter de inversión forzosa, sino el de inversión admisible, como expresamente se estableció en el artículo 4º del mismo decreto, que en su numeral 3º así los clasifica.

4. En apoyo de la interpretación dada por la Superintendencia Bancaria al artículo 7º del Decreto 1691 de 1960 vino el dictamen pericial practicado en este juicio a solicitud de la sociedad actora, como se lee en las respuestas que dan los peritos a las preguntas del cuestionario a ellos sometido, que dice:

" 'Primero. Cuál sería el monto de las inversiones forzosas de la Capitalizadora Grancolombiana, de conformidad con el artículo

7º del Decreto 1691 de 1960, por el segundo semestre del año de 1966, si se liquidan en la forma como exige la Superintendencia Bancaria'.

"El monto de las inversiones forzosas de Capitalizadora Grancolombiana, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 1691 de 1960, por el segundo semestre de 1966, si se liquidan en la forma como lo exige la Superintendencia Bancaria sería:

Reservas Técnicas a Dic. de 1965	$ 33.872.163.00
Menos préstamos sobre títulos a Dic. 31/65	15.970.149.00
Diferencia	17.908.014.00
El total a invertir sería el 40% sobre	17.908.014.00
o sea	7.163.205.00
Los cuales están distribuidos de acuerdo al Decreto 1691 así:	
Para el literal 'A' 30%	$ 2.148.961.69
Para el literal 'B' 25%	1.790.801.40
Para el literal 'C' 45%	3.223.442.52
Total Inv. forzosas para el 2º Semestre /66	7.163.205.60

" 'Segundo. Cuál sería el monto de tales inversiones si se liquidan en la forma como sostiene la Capitalizadora y se deja en la demanda' (sic).

"El monto de las inversiones forzosas si se liquidan en la forma como sostiene la Capitalizadora y se deja en demanda sería:

"40% de $ 33.872.163.00 o sea la Reserva técnica a diciembre 31 de 1965	$ 13.548.685.20
Menos Prést. sobre títulos a la misma fecha	15.970.149.00
Saldo negativo	2.421.283.00

" 'Tercero. Cuál es el rendimiento o la utilidad que se obtiene con las inversiones forzosas, y cuál el que se puede obtener por la Capitalizadora en otras inversiones libres, con la diferencia que arrojan las dos formas de liquidar las primeras'.

"De acuerdo a las liquidaciones para las inversiones forzosas anteriormente expuestas podemos deducir:

"a) Que de acuerdo a lo dispuesto por la Superintendencia Bancaria, en base a los datos para la liquidación de las inversiones forzosas se debe invertir $ 7.163.205.60.

"b) Que si se hace la liquidación de acuerdo a la interpretación de la Capitalizadora, del artículo 7º del Decreto 1691 de 1960, daría un saldo negativo de $ 2.421.283.80, es decir que para el segundo semestre de 1966 no correspondería hacer inversiones forzosas" (folios 27 y siguientes del expediente).

De tal suerte que si se interpreta el artículo 7º del Decreto 1691 de 1960 como lo quiere la Capitalizadora Grancolombiana quedaría sin cumplimiento tal ordenamiento legal, puesto que el cuarenta por ciento de la reserva técnica lo absorberían los préstamos con garantía de los títulos, que ya se vio no son inversiones obligatorias sino simplemente admisibles.

5. El apoderado de la sociedad actora hace mucho énfasis en la claridad con que está redactado el artículo 7º del Decreto 1691 de 1960, en el sentido de que tal norma debe interpretarse así: "al 40% de las reservas técnicas se deduce el valor de los préstamos con garantía de títulos". Y que al interpretarlo en la forma señalada por la Superintendencia Bancaria se viola el artículo 27 del Código Civil.

El sentido de la ley es claro cuando el alcance de la disposición se entiende por su sola lectura, sea porque considerada aisladamente de las demás no origina dudas o porque relacionada con ellas no denota discordancia. Todos los autores están de acuerdo en que la claridad de una norma legal es concepto relativo. Así, por ejemplo, una ley que no provocaba dudas al tiempo de promulgarse puede hacerlas nacer después por diversas circunstancias que enturbian su primitivo sentido.

En el caso que ahora se resuelve hay que admitir que tal como está redactado el artículo 7º del Decreto 1691 de 1960 es ambiguo, es decir, que se presta tanto a la interpretación dada por la Superintendencia Bancaria como a la que le atribuye la sociedad demandante.

Pero la duda desaparece estudiando todo el contexto del decreto y sus antecedentes, como se ha hecho anteriormente, lo que permite concluir con certeza que la verdadera interpretación es la que le ha dado la Superintendencia Bancaria (artículos 27 y 30 del Código Civil).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en perfecto acuerdo con el concepto del Fiscal Primero de la corporación,

Falla:

No se accede a declarar las súplicas de la demanda.

Una vez en firme esta sentencia se comunicará con copia íntegra de su texto al Superintendente Bancario.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

I. **ALMACENES GENERALES.— No existe la posibilidad de que por vía de interpretación llegue a entenderse que los Almacenes estén autorizados para realizar operaciones distintas de las que sean inherentes al depósito mismo y a la conservación de las especies o géneros recibidos, sobre las mercancías que les hayan sido confiadas por los clientes, así sea con el consentimiento expreso de los mismos y se trate de simples labores complementarias del mero almacenamiento y aún útiles para facilitar la posterior enajenación de lo depositado. No puede remitirse a duda, frente al artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957, que ni en tratándose del depósito de especies ciertas, ni en el de géneros y ni siquiera en el de mercancías en proceso de transformación, les está permitido a los Almacenes ejecutar trabajos encaminados a mejorar los bienes recibidos del cliente, sea para hacerlos aptos al consumo o al uso que en el futuro les corresponda, para transformarlos sin variar esencialmente su naturaleza o para convertir en productos distintos las materias primas depositadas.**

II. **PROTECCION A LA LIQUIDEZ BANCARIA.— Si bien es cierto que la ley ha sido tradicionalmente celosa al precisar los límites intraspasables de la actividad bancaria a fin de que estos establecimientos se concreten a su objetivo natural de recibir depósitos y hacer préstamos con el propósito de impedir la iliquidez que podría resultar si sus fondos estuvieran invertidos en actividades o empresas no sólo arriesgadas sino de lenta realización, también es verdad que por razones de conveniencia económica ha autorizado que cierta parte de sus fondos se inviertan en acciones de corporaciones financieras cuyas operaciones de crédito se otorgan a más largo plazo que las propias de los bancos comerciales, o en acciones de institutos de fomento como es el caso del Banco Central Hipotecario o, en fin, en las de los Almacenes Generales de Depósito. Los ejemplos anteriores enseñan que las limitaciones impuestas a las inversiones bancarias no tienen el propósito de prevenir los riesgos del monopolio sino de proteger la liquidez de los depósitos de la clientela.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., julio treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Juan Hernández Sáenz**).

En virtud de reclamo formulado por la Asociación Nacional de Molineros de Arroz, la Superintendencia Bancaria, mediante oficio A. J. 6725 del 19 de junio de 1967, les ordenó a los Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S. A. "Almaviva" suspender la instalación de un molino o piladora para descascarar arroz en la ciudad de Villavicencio.

Almaviva interpuso reposición contra dicha orden, con fundamento en que la labor de descascarar el arroz era complementaria de la de almacenarlo. Pero la Superintendencia se abstuvo de revocarla, por entender que el régimen legal de los Almacenes Generales de Depósito no les permite realizar esta clase de trabajos. Así consta en la Resolución 536 de 1967, cuya copia auténtica obra en autos.

En tales circunstancias, los Almacenes, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitaron del Consejo que declarara nulos aquellos actos de la Superintendencia y que, para restablecerlos en su derecho, se declarara también que sí están facultados legalmente para montar y explotar por su cuenta el aludido molino o piladora de arroz.

Afirman en su demanda que los actos acusados violan los artículos 1º, 4º y 6º del Decreto legislativo 356 de 1957, al haberlos aplicado indebidamente a una situación no regulada por ellos. Alegan también que los estatutos de Almaviva, aprobados por la Superintendencia mediante Resolución 212 de 1966, les permiten realizar la limpieza, procesamiento y preparación de productos agrícolas y adquirir los equipos necesarios para hacerlo, lo cual implica, según los Almacenes, que la Superintendencia los autorizó para efectuar esas nuevas operaciones, conforme lo prevé el artículo 14, letra j del Decreto 356, ya citado, cuando aprobó dichos estatutos. De allí deducen que los actos impugnados violan indirectamente lo dispuesto por el artículo 32 de la Constitución Nacional al recortarle a Almaviva el ámbito de una actividad legítima, en un acto de intervención estatal no autorizado por la ley.

La Asociación Nacional de Molineros de Arroz compareció al juicio para oponerse a las pretensiones de la demanda. Y en un extenso alegato argumentó en favor del criterio adoptado por la Superintendencia Bancaria.

La doctora Aydee Anzola Linares, Fiscal 4º del Consejo, rindió concepto desfavorable a las súplicas de Almaviva.

Esta es la síntesis del litigio que ahora corresponde dirimir a la Sala, previas las consideraciones siguientes:

I. La expansión del comercio, propia de la época moderna, hizo necesaria la aparición de nuevas fórmulas jurídicas, nuevas organizaciones económicas y nuevos medios de transporte, tendientes todos ellos a facilitar la producción y transformación de mercancías y las posibilidades de crédito garantizado con aquéllas.

Una de estas organizaciones jurídicas y económicas fue la de los Almacenes Generales de Depósito, cuyo papel no es el de un simple depositario de bienes ajenos, sino que además de custodiarlos con absoluta seguridad y seriedad, permite movilizarlos en el mercado mediante el endoso de los documentos expedidos por él, donde consten las características de la mercancía y el hecho de haberse depositado en el Almacén.

Los Almacenes Generales de Depósito funcionan ya de vieja data en todo el mundo, aunque con distintas modalidades en cuanto a su organización, régimen legal y operaciones autorizadas. En algunos países operan bajo la dependencia directa del Estado, en otros por la simple iniciativa particular, unas veces intervenidos estatalmente y otras apenas sujetos a la inspección y vigilancia oficiales.

En algunos países sólo expiden un certificado de depósito, que permite enajenar o gravar la mercancía que representa. En otros se permite la expedición de certificados parciales que representan cuotas distintas de las mercancías depositadas. Y en otros, por fin, expiden a la vez un certificado de depósito, que acredita la propiedad de las mercancías llevadas al Almacén, y un bono de prenda, que permite gravarlas para garantizar un préstamo.

Difiere también de país a país el alcance de las operaciones que pueden realizar los Almacenes. En muchos casi es la regla general, sólo pueden recibir mercancías en depósito, sea en género o en especie, y realizar las operaciones necesarias para mantenerlas en buen estado de conservación. Y en algunos también pueden encargarse de la transformación de las mercancías depositadas, pero sin variar esencialmente su naturaleza.

En Colombia, la Ley 20 de 1921 y el Decreto reglamentario 1821 de 1929 establecieron el régimen de los Almacenes Generales de Depósito, régimen que con algunas modificaciones posteriores, la principal de ellas contenida en el Decreto legislativo 356 de 1957, aún permanece vigente.

De acuerdo con este régimen, los Almacenes deben constituirse como sociedades por acciones, con las formalidades exigidas para la formación de los establecimientos bancarios y capital mínimo de un millón de pesos. Los bancos pueden poseer acciones en estas empresas hasta el equivalente del diez por ciento de su capital y reserva legal. Sus actividades, lo mismo que las bancarias, están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia del ramo y les son aplicables las leyes sobre bancos en cuanto no sean contrarias a la naturaleza especial de los Almacenes y a su estatuto legal específico.

Y en lo que atañe al giro concreto de las actividades de los Almacenes de Depósito, el artículo 1º de la Ley 20 les atribuía como objeto principal el depósito, conservación y custodia de mercancías y, en casos especiales, la venta de las mismas. Ello daba a entender en forma implícita la posibilidad de que los Almacenes realizaran otras actividades complementarias de su objeto principal, determinado por la ley, tales como la limpieza, procesamiento y preparación de productos agrícolas, con la equiescencia del depositante o del tenedor del certificado de depósito, para llevarlos luego, este último, al consumo.

Pero el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957, que modificó la norma ya comentada, les señaló a los Almacenes, ya como objeto específico e inequívoco, "el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y productos de procedencia nacional o extranjera", con facultad para expedir certificados de depósito y bonos de prenda, tal como lo autorizaba también el artículo 1º de la Ley 20.

Lo dispuesto por esta norma del decreto descarta pues hoy en día la posibilidad de que por vía de interpretación llegue a entenderse que los Almacenes estén autorizados para realizar operaciones distintas de las que sean inherentes al depósito mismo y a la conservación de las especies o géneros recibidos, sobre las mercancías que les hayan sido confiadas por los clientes, así sea con el consentimiento expreso de los mismos y se trate de simples labores complementarias del mero almacenamiento y aún útiles para facilitar la posterior enajenación de lo depositado.

No puede pues remitirse a duda, frente a dicho texto legal, que ni en tratándose del depósito de especies ciertas, ni en el de géneros y ni siquiera en el de mercancías en proceso de transformación, les está permitido a los Almacenes ejecutar trabajos encaminados a mejorar los bienes recibidos del cliente, sea para hacerlos aptos al consumo o al uso que en el futuro les corresponda, para transformarlos sin variar esencialmente su naturaleza o para convertir en productos distintos las materias primas depositadas.

Les incumbe apenas a los Almacenes las obligaciones que la ley o el contrato, en su caso, le atribuyan al depositario remunerado y su responsabilidad generalmente es la que determina el artículo 8º del Decreto legislativo 356, ya citado, con la circunstancia de que el riesgo de incendio debe ampararse siempre con una póliza de seguro, porque así lo ordena el artículo 9º del decreto, pues en cuanto a los demás riesgos posibles, queda a opción del depositante asegurarlos o no.

II. En el caso **sub judice**, cuyos antecedentes se relataron al principio, quedó en claro con la peritación rendida por los doctores Camacho Pinto y Salazar Gómez que el molino o piladora instalado por "Almaviva" en Villavicencio tiene por objeto convertir el arroz paddy en arroz blanco mediante el proceso de quitarle la cáscara, limpiarlo, clasificarlo y pulirlo, con el objeto de hacerlo apto para el consumo humano y separarlo de algunos subproductos que también le son entregados al cliente. Y quedó en claro, asimismo, que "Almaviva" no está en capacidad técnica de almacenar en silos u otros recipientes apropiados el arroz blanco obtenido con aquel proceso y que éste constituye apenas un servicio adicional para la clientela, es decir, complementario pero no indispensable, para la debida conservación sin mermas ni alteraciones que desmejoren la calidad del arroz paddy o con cáscara recibido por los Almacenes para ser depositado en los silos de su propiedad.

Esta circunstancia, establecida en el proceso de modo tan concreto e inequívoco, lleva a la conclusión meridiana de que "Almaviva" no está legalmente facultado para poseer ni operar el molino o piladora de Villavicencio, por cuanto esa actividad escapa al objeto específico que el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957 les atribuye a los Almacenes Generales de Depósito.

No se descubre así la pretendida violación de los artículos 1º, 4º y 6º del Decreto 356, que la demanda les imputa a los actos acusados. Ni tampoco es dable entender que la Superintendencia Bancaria hubiese autorizado a "Almaviva" para emprender este nuevo negocio al aprobar sus estatutos, como lo quiere la demanda, por cuanto dicho organismo oficial sólo puede expedir esta autorización cuando se trate de operaciones comprendidas dentro de lo dispuesto por aquel decreto, la Ley 20 de 1921 y el Decreto 1821 de 1929 según reza el artículo 14, ordinal j) del Decreto 356, hipótesis que, como quedó visto, no ocurre en este caso. Este último argumento desvanece también la posibilidad de que los actos impugnados le ocasionen quebranto al artículo 32 de la Constitución Nacional, como lo afirmaba la acusación hecha contra ellos.

Las razones anteriores son suficientes para esclarecer que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

No obstante las anteriores conclusiones de orden jurídico no parece impertinente observar que si bien es cierto que la ley ha sido tradicionalmente celosa al precisar los límites intraspasables de la actividad bancaria a fin de que estos establecimientos se concreten a su objetivo natural de recibir depósitos y hacer préstamos con el propósito de impedir la iliquidez que podría resultar si sus fondos estuvieren invertidos en actividades o en empresas no sólo arriesgadas sino de lenta realización, también es verdad que por razones de conveniencia económica ha autorizado que cierta parte de sus fondos se inviertan en acciones de corporaciones financieras cuyas operaciones de crédito se otorgan a más largo plazo que las propias de los bancos comerciales, o en acciones de institutos de fomento como es el caso del Banco Central Hipotecario o, en fin, en las de los Almacenes Generales de Depósito. Los ejemplos anteriores enseñan que las limitaciones impuestas a las inversiones bancarias no tienen el propósito de prevenir los riesgos del monopolio sino de proteger la liquidez de los depósitos de la clientela. Así, se manifiesta como excesiva la limitación impuesta a los Almacenes Generales de Depósito al impedirles que presten a sus clientes ciertos servicios complementarios que facilitarían el mercadeo de sus productos o abaratarían su almacenamiento y que, en todo caso, podrían ejecutarse en mejores condiciones de productividad que las pequeñas empresas similares.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 24 de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

PENSION.— A viudas de congresistas. Requisitos.— El artículo 8º de la Ley 48 de 1962 no establece como condición para que las viudas de los miembros del Congreso tengan derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento de la pensión de que gozaban sus maridos. que éstos la hubieren obtenido en el ejercicio del cargo. Si el artículo 9º del Decreto reglamentario 1723 de 1964 exigió ese requisito, desbordó en este aspecto la ley reglamentada y como lo dice el Tribunal, no obliga su aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., 2 de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Belisario Arciniegas**).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de fecha 7 de febrero del corriente año declaró la nulidad de la Resolución número 1224 de 3 de marzo de 1966, de la Caja Nacional de Previsión Social, en cuanto no accedió a reconocer a la señora María Guzmán vda. de Badel, la pensión jubilatoria vitalicia de viudez de que trata el artículo 8º de la Ley 48 de 1962, y en cambio reconoció a cargo de la Caja nombrada, y a favor de la mencionada señora, el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación de que gozaba su extinto esposo el doctor Aníbal Badel Buelvas, en un 85%, a partir del 23 de mayo de 1965 y mientras permanezca en estado de viudez.

La sentencia determina las entidades que deben contribuir al pago de la pensión, a fin de que la Caja repita mensualmente para efectos del reembolso correspondiente.

Este fallo no fue apelado, por lo cual corresponde al Consejo de Estado conocer del presente negocio en grado de consulta y se procede de plano a decidir sobre el fundamento de la sentencia, con base en las siguientes

Consideraciones

En Resolución número 5939 de 28 de diciembre de 1963, la Caja Nacional de Previsión reconoció a favor del señor José Aníbal Badel Buelvas una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 1.626,65, efec-

tiva a partir del 18 de octubre de 1962, fecha de la vigencia de la Ley 48 del mismo año. Dicha pensión fue aumentada en $ 120.00 mensuales de acuerdo con la Ley 1ª de 1963, y, en consecuencia, el valor total de ella se fijó en la suma de $ 1.746.65 a partir del 1º de enero de este último año.

El beneficiario doctor Badel murió el día 22 de mayo de 1965, y su viuda la señora María Guzmán, en su propio nombre, solicitó a la Caja, el reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación a su favor con fundamento en lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 48 de 1962, en el 85% de la pensión que disfrutaba su esposo en el momento de su fallecimiento.

La Caja en la Resolución número 1224 de 3 de marzo de 1966 sólo accedió a reconocerle a la señora Guzmán viuda de Badel, el derecho a disfrutar por dos (2) años, contados a partir del 23 de mayo de 1965, la pensión de que gozaba el doctor Badel, en el momento de su muerte, en la cuantía ya expresada.

Dentro del término legal, el apoderado de aquélla solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaración de nulidad de dicha resolución, y que en su lugar se le reconociera una pensión vitalicia de jubilación a su mandante en el 85% de la que disfrutaba el esposo de la señora de Badel. El Tribunal, como se ha visto, se la decretó en los términos solicitados.

La Caja Nacional de Previsión, se abstuvo de acceder a la petición de la nombrada viuda porque estimó "que en el momento de causarse la pensión al señor Badel Buelvas éste no la obtuvo en el ejercicio de su cargo como representante del Congreso de la República; esto de conformidad con lo claramente determinado en el artículo 9º del Decreto reglamentario 1723 de 17 de julio de 1964, de la Ley 48 de 1962, el que en la actualidad se halla vigente; pero si es el caso que la peticionaria quiera hacer valer derechos, el recurso debe hacerlo ante las autoridades competentes".

El artículo 8º de la Ley 48 de 1962, dispone: "las viudas de los miembros del Congreso y de las asambleas departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de veintiún (21) años, tendrán derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento (85%) de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras que las primeras permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad".

El artículo 9º del decreto reglamentario, que invocado por la Caja dice: "Para que las viudas de los miembros del Congreso y de los diputados a las asambleas departamentales, así como los hijos de unos y otros menores de edad puedan disfrutar de la pensión de que trata el artículo 7º de este decreto, se requiere que el congresista o diputado hubiere obtenido la pensión estando en el ejercicio del cargo. También tendrán este derecho en el caso de que el congresista o diputado hubiere fallecido sin haber obtenido el reconocimiento de la pensión, no obstante haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la ley para gozar de este derecho".

En el artículo transcrito del decreto reglamentario, se estableció como condición para las viudas de los miembros del Congreso, para

percibir el 85% de la pensión de que gozaban sus maridos, que el congresista "hubiere obtenido la pensión estando en el ejercicio del cargo", y de ahí la negativa dada por la Caja Nacional de Previsión a la señora viuda del doctor Badel. Pero en el artículo 8º de la Ley 48 de 1962 no se exige esa condición. Las viudas de los congresistas pueden gozar de la pensión jubilatoria en el citado porcentaje mientras permanezcan en estado de viudez.

Al estudiar la Sala el presente negocio, encuentra que el Tribunal hace un análisis acertado del problema, y por ello habrá de confirmar la sentencia consultada, con base en las siguientes

Consideraciones

En el expediente se encuentran acreditados estos hechos:

a) El doctor Aníbal Badel Buelvas contrajo matrimonio con la demandante, señora María Guzmán, el 10 de diciembre de 1932 en la parroquia de San Diego de Bogotá;

b) El nombrado doctor desempeñó por varios años el cargo de Senador de la República;

c) El último cargo que ocupó fue el de Diputado principal a la Asamblea Nacional Constituyente, del que tomó posesión el 7 de septiembre de 1954, y lo ejerció sin interrupción hasta el 8 de mayo de 1957, día en que se retiró definitivamente del servicio oficial y no volvió a ocupar cargo público alguno remunerado;

d) Al doctor Badel Buelvas le fue reconocida su pensión en la Resolución número 5939 del 28 de diciembre de 1963, para lo cual se tomó en cuenta, especialmente, el tiempo que sirvió en el Congreso y en la Asamblea Nacional Constituyente.

Además, se debe tener en cuenta:

1º El artículo 8º de la Ley 48 de 1962 no establece como condición para que las viudas de los miembros del Congreso tengan derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento (85%) de la pensión de que gozaban sus maridos, que éstos la hubieren obtenido en el ejercicio del cargo.

2º Si el artículo 9º del decreto reglamentario de dicha disposición exigió ese requisito, desbordó en este aspecto la ley reglamentada, y como lo dice el Tribunal, no obliga su aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

3º El artículo 1º del acto legislativo número 2 de 1954, dispuso que, a partir del 20 de julio de 1955 la Asamblea Nacional Constituyente, además de las funciones que le eran propias, ejercería las atribuidas por la Constitución y las leyes al Congreso y a cada una de las Cámaras, por lo cual el tiempo servido por el doctor Badel Buelvas en aquella extinguida corporación hay que tomarlo como si hubiese sido prestado en el Congreso de la República.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia consultada.

Este fallo fue estudiado y aprobado por la Sección Segunda, en su sesión de fecha 18 de julio de 1969.

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

Nemesio Camacho Rodríguez, Belisario Arciniegas, Andrés Holguín, Alvaro Orejuela Gómez.

Susana M. de' Echeverri, Secretaria.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

EXTINCION DEL DOMINIO.— En predios que salieron del patrimonio del Estado.— **Al dominio eminente no renuncia nunca el Estado, como no puede renunciar al ejercicio de su soberanía; y por eso cualesquiera sean los títulos de adquisición del particular, y así sea el tradente el Estado mismo, el ejercicio del derecho de propiedad no puede quedar sustraído a los ordenamientos de las superestructuras legales. Por eso existen el régimen de la expropiación y el de la extinción del dominio. La declaratoria de extinción no se opone a que el inmueble haya salido del patrimonio del Estado, ni surte propiamente los efectos de la condición resolutoria estipulada en un pacto.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gabriel Rojas Arbeláez).**

Ref.: Expediente número 724. Actor: The Carmen Valley Gold Mines Limited.

En demanda de fecha 17 de diciembre de 1965, la Sociedad "The Carmen Valley Gold Mines Limited" mediante representante judicial solicitó lo siguiente:

1º La revisión y anulación de la Resolución Nº 3020 de 8 de junio de 1964, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y de las resoluciones aprobatorias de ella, números 243 de 9 de noviembre de 1964, originaria de la Junta Directiva del citado Instituto, y 240 de septiembre 10 de 1965, proferida por el Presidente de la República.

2º Subsidiariamente revisar y anular los actos mencionados, por alguno o algunos de los hechos y motivos invocados en la demanda, y dictar la providencia consiguiente, en relación con el dominio del predio "El Cerro", ubicado en el municipio de Frontino, departamento de Antioquia.

Hechos

Para fundamentar las peticiones anteriores la sociedad demandante hizo relación de varios hechos que se resumen así:

1º La Sociedad "The Carmen Valley Gold Mines Limited", por medio de siembras, ocupación con ganados, desmontes, arrendamiento de parcelas y cuidado de los bosques necesarios para la conservación de las aguas, ha venido poseyendo quieta y pacíficamente desde el año de 1925 un inmueble ubicado en el municipio de Frontino, departamento de Antioquia, adquirido por compra hecha a "Cerro Syndicate Limited" mediante escritura Nº 512 de 26 de noviembre del año mencionado, de unas 2.800 hectáreas y alindado así:

Por el occidente, el filo nombrado de Los Azules hasta donde atraviesa el camino de arriba que gira para Musinga; de aquí, por este camino, hasta el punto donde desembocan las quebradas Las Azules y la de San Pedro; de aquí, por ésta para abajo, hasta su confluencia en la del Carmen, las cuales forman el río Frontino; ésta abajo hasta el punto nombrado El Bordo; de aquí, hacia el norte por el lindero reconocido por la Compañía de la Nueva Granada y los señores José A. y Pedro Gaviria, según consta en las escrituras Nos. 15 y 24 otorgadas con fecha 12 de enero y 4 de febrero de 1859 (en Frontino); por el oriente, por todo el filo arriba de Frontino, hasta el Cerro Plateado, primer lindero.

2º El inmueble a que se ha hecho referencia cuenta con una tradición de títulos que va desde la escritura antes citada, y se remonta hasta la otorgada el 31 de agosto de 1840 ante el escribano público de la ciudad de Antioquia, por el jefe político señor Luciano Soto, por la que se protocolizó la diligencia de remate, en que, como al mejor postor se le adjudicaron al doctor Eugenio Martínez y a la Sociedad de Minas "Frontino", esos terrenos.

3º Del inmueble adquirido por la escritura Nº 512 del 26 de noviembre de 1925, otorgada en la Notaría de Frontino, se han desprendido, entre otros, los lotes vendidos por medio de las escrituras 3157 de 1º de octubre de 1941, de la Notaría Primera de Medellín, al señor Sydney Noville Maltass; 369 de 19 de octubre de 1943, de la Notaría de Frontino, al señor Roberto Restrepo B., 4039, de 8 de junio de 1954, de la Notaría Primera de Medellín, al señor Aristóbulo Vásquez; 2256, de 19 de julio de 1960, de la Notaría Primera de Medellín, al señor Aristóbulo Vásquez y al señor Joaquín Moreno Gaviria; 1796, de 8 de junio de 1960, de la misma Notaría, a los señores Francisco Luis y Mauro Alvarez; 1429, de 15 de abril de 1963, al señor Aristóbulo Vásquez; 1451, de 16 de abril de 1963, al señor Luis Alvarez; 1450, de 16 de abril de 1963, al señor Virgilio Díez Escobar; 1475, de 17 de abril de 1963, a la señora Alicia Montoya de Mc Entee; 1701, de 29 de abril de 1963, al señor Juan Arango Zapata, todas estas escrituras otorgadas en la misma Notaría Primera de Medellín.

4º El inmueble "El Cerro", de propiedad de la sociedad demandante, por tener una titulación que proviene directamente del Estado, pues fue adjudicado al señor Eugenio Martínez para la Sociedad Frontino, en pública almoneda, y se pagó en dinero efectivo (reales de oro), no está sujeto a condición resolutoria, ni a extinción de dominio. El título originario es del año de 1840, o sea, antes de 1873, época hasta la cual existió otra legislación sobre tierras, muy diferente a la que ha regido con posterioridad a esa fecha. Tan evidente es esto, que a la Compañía pertenece, inclusive, el subsuelo.

5º El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dictó el 8 de junio de 1964 la Resolución Nº 3020, aprobada por las Resoluciones 243 de 9 de noviembre del mismo año y 240 de 10 de septiembre de 1965, originarias respectivamente de la Junta Directiva del mencionado Instituto y de la Presidencia de la República, por la cual se declaró extinguido en favor de la Nación el derecho de dominio privado de cualesquiera personas naturales o jurídicas, y especialmente de la Compañía "The Carmen Valley Gold Mines Limited", sobre una parte del inmueble rústico denominado "El Cerro", ubicado en el municipio de Frontino, departamento de Antioquia, porción que tiene una extensión aproximada de unas 2.800 hectáreas, y alindada así: Por el occidente el filo nombrado de "Los Azules" hasta donde atraviesa el camino de arriba que gira para Musinga; de aquí, por este camino, hasta el punto donde desemboca la quebrada Los Azules y la de San Pedro; de aquí, por ésta para abajo, hasta su confluencia en la del Carmen, las cuales forman el río Frontino; ésta abajo hasta el punto nombrado El Bordo; de aquí hacia el norte por el lindero reconocido por la Compañía de la Nueva Granada y los señores José A. y Pedro Gaviria, según consta en las escrituras números quince y veinticuatro otorgadas con fechas 12 de enero y 4 de febrero de 1859 (en Frontino); por el oriente, por todo el filo arriba de Frontino, hasta el Cerro Plateado, primer lindero.

6º La Compañía demandante ha venido explotando desde mucho tiempo varias minas de oro en terrenos del predio "El Cerro", y por lo mismo al declararse extinguido el dominio, no se podrá siquiera entrar a las minas. Los peritos que actuaron en la segunda inspección ocular no tuvieron en cuenta que una gran parte de la superficie del inmueble es necesaria para la explotación minera..

7º Una porción considerable del predio "El Cerro" está cubierta de bosques naturales, que son necesarios para la conservación de las aguas y para la explotación minera, y que la Compañía ha cuidado. De algunas de esas aguas se alimenta la planta de energía eléctrica de Frontino (quebrada Nore); y la quebrada "La Piedrahita" provee de agua potable el barrio o poblado de Manguruma. La Compañía ha cumplido en esta materia con lo que disponen el artículo 9º de la Ley 200 de 1936 y demás disposiciones sobre defensa de las aguas.

8º Otra porción muy apreciable del predio "El Cerro" es excesivamente pendiente e impropia para cultivos agrícolas. Los peritos que actuaron en la segunda diligencia de inspección ocular, en su dictamen, por demás ligero, dicen que en cuanto a los márgenes de quebradas y arroyos y zonas con pendiente de más del 40%, se abstienen de señalar un probable porcentaje. De suerte que el Incora en su resolución no tuvo en cuenta lo que preceptúa el artículo 26 del Decreto 059 de 1938, en cuanto se dice que la extinción del dominio no podrá afectar los terrenos que deben o puedan mantenerse incultos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9º, 10, 11, 13 y 14 de la Ley 200 de 1936.

9º Por escritura Nº 3956 de 18 de diciembre de 1963, otorgada en la Notaría 7ª de Medellín, la Sociedad actora cedió a título gratuito al municipio de Frontino, unas 480 hectáreas de terreno boscoso, cesión que se hizo con miras a la mejor protección de los bosques y de las aguas, y que sin embargo no se tuvo en cuenta en la resolución sobre extinción del dominio para excluir de éstas tales hectáreas.

10. En el dictamen pericial rendido por los señores Ernesto González, José A. Arce y José María Zapata, que sirvió de base para la Resolución del Incora, en cuanto a la explotación agropecuaria se dice que comprende unas 50 hectáreas, en las cuales se alimentan 70 cabezas de ganado vacuno y 30 de ganado caballar; y que fuera de esto se encontraron otras cabezas de ganado vacuno de los arrendatarios. Sin embargo en la alindación de las zonas excluidas por concepto de esta explotación, solamente se delimitó un terreno que se denomina "Lote número Uno o Potrero Largo" con extensión aproximada de veintidós hectáreas (22 Hts.) y siete mil quinientos metros cuadrados (7.500 M2.). Se presenta así una incongruencia en cuanto a la extensión, entre el dictamen, de un lado, y la alindación de la zona excluida.

11. Para ciento dos (102) cabezas de ganado contadas en la inspección y anotadas por los peritos, ha debido tenerse en cuenta la proporción que señala el artículo 6º del Decreto 059 de 1938, en tratándose de terrenos de mediana calidad, lo cual equivaldría a tener como explotadas económicamente dos hectáreas por cabeza, o sean doscientas cuatro hectáreas en este caso.

12. En lo relativo al lote número dos, excluido, identificado como lote "donde se halla la mina", la alindación del topógrafo acogida por la resolución, comprende una globo de dos hectáreas (2 Hts.) y setecientos metros cuadrados (700 M2.). Pero esto también está en contradicción con la inspección ocular y dictamen pericial donde se indica que las instalaciones de la mina ocupan unas tres (3) hectáreas aproximadamente, más seis hectáreas sembradas de maíz de cuenta de la Compañía. Las construcciones de que da cuenta la diligencia citada, que son varias y de buena capacidad, suponen, como es obvio, que la superficie ocupada por ellas y por las instalaciones mineras superficiales, deben comprender un área muy superior a las dos hectáreas que quedaron excluidas.

13. En la resolución de "Incora" sobre extinción del dominio, no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, que establece una presunción de explotación para porciones incultas, de una extensión igual a la de la parte explotada, cuya existencia sea necesaria para la explotación económica del predio o como complemento para el mejor aprovechamiento de éste, o para el ensanche de la misma explotación. Han debido excluirse y alindarse esas zonas complementarias, para no incluirlas en la resolución sobre extinción.

14. La inspección ocular efectuada el 30 de marzo de 1964, que sirvió de apoyo a la resolución de Incora, adolece de un defecto grave, que la hace ineficaz, y es el siguiente: De acuerdo con las disposiciones legales y pautas que deben seguirse en esta clase de diligencias, resulta indispensable alindar o delimitar en forma clara por el funcionario que la preside y por los peritos, las zonas explotadas, y esto no se hizo en la diligencia, sino que se dejó para que lo hiciera un topógrafo posteriormente, sin revisión, control o aprobación de nadie. En esa diligencia se dice textualmente: "La zona en donde se cumple la explotación económica descrita atrás y ejecutada por la empresa propietaria o por personas con vínculos económicos con la Compañía se determina por los siguientes linderos: En este punto de la diligencia el

funcionario de la División de Ingeniería del Campo del INCORA que realizó el trabajo de alindación (señor Jairo Bedoya) correspondiente manifestó que en Bogotá, por necesidad de utilizar recursos técnicos adicionales para la mejor precisión en distancias y otros detalles similares, presentará completo el trabajo respectivo".

15. La Compañía "The Carmen Valley Gold Mines Limited", desde hace mucho tiempo destinó dentro del predio "El Cerro", una porción de terrenos para campo de aterrizaje, para servicio de la misma Compañía y de la región en general. Es porción de terreno, utilizada en tal forma con una finalidad de servicio para la explotación minera y para los habitantes del municipio de Frontino, ha debido también excluirse de la resolución sobre extinción, pues se trata de tierra aprovechada, que debe asimilarse a las instalaciones de que trata la letra a) del artículo 14 del Decreto 1902 de 1962, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 200 de 1936.

16. Otra anomalía grave del procedimiento ante "INCORA" fue la siguiente: En la primera inspección ocular, que más tarde fue declarada nula, de los peritos concurrió únicamente el designado por la Compañía. Y el apoderado de ésta solicitó al funcionario que presidía la diligencia, que designara allí dos peritos faltantes, solicitud que fue negada con el argumento de que tales expertos no se podían reemplazar, pues existe un procedimiento para el sorteo de ellos. Sin embargo, en la segunda diligencia, a la cual no se presentó ninguno de los peritos designados inicialmente, el funcionario de INCORA sí reemplazó a los peritos, sin cumplirse el procedimiento especial de sorteo. (Decreto 1902 de 1962, artículo 16, y Decreto 1904, artículo 4º).

Derecho

En cuanto a derecho se invocaron en la demanda las disposiciones contenidas en los artículos 9º, 10 y 11 de la Ley 200 de 1936, 26 del Decreto 059 de 1938, 669, 1443 y 1849 del Código Civil, 715 y 724 del Código Judicial, 14 del Decreto 1902 de 1962, y en general, la Ley 135 de 1961 y los Decretos 1902 y 1904 de 1962.

Y del concepto de la violación expuesto por la parte actora se establece que los cargos formulados por ésta contra las resoluciones acusadas pueden enunciarse así:

1º Se declaró extinguido el dominio sobre un inmueble que salió del patrimonio del Estado desde el 30 de mayo de 1840, cuando en pública almoneda verificada ante el señor jefe político Luciano Soto, se dio aquél en "venta real y enajenación perpetua" a la Sociedad de "Frontino" representada por el señor Eugenio Martínez. Habiéndose adquirido ese terreno a título de venta cuyo precio recibió la autoridad rematante, como consta de la diligencia de remate inserta en la escritura de 31 de agosto de 1840 otorgada ante el escribano público de la ciudad de Antioquia, no tiene cabida la condición resolutoria que opera en la adjudicación de baldíos. Y habiéndose presentado el título originario procedente del Estado, no pueden tenerse en cuenta las disposiciones posteriores a la adquisición, sino las que regían cuando se verificó ésta. El sistema de venta de tierras del Estado sólo fue abolido por el Código Fiscal de 1912, pues venía desde la legislación española

y continuó bajo la República, como lo demuestran las leyes de 13 de octubre de 1821, de 27 de mayo de 1836, de 30 de marzo de 1843 y Código Fiscal de 1873.

2º No se sustrajeron de la declaración de extinción las áreas en que las obras y labores de exploración y explotación del subsuelo, excluyen el beneficio del suelo, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 200 de 1936.

3º Como los artículos 9º y 10 de la Ley 200, en concordancia con el artículo 26 del Decreto Nº 59 de 1938 y el Decreto 2278 de 1953 prohiben la tala de bosques en las zonas de protección de aguas y en terrenos pendientes, se violaron estas disposiciones al declarar extinguido el dominio sobre terrenos en que la Compañía demandante no ha hecho otra cosa que cumplir con esos preceptos.

4º Por cuanto las resoluciones acusadas dejarían sin valor ni efecto las enajenaciones hechas a favor del municipio de Frontino y de algunos particulares, se violaron con ellas los artículos 669 y siguientes del Código Civil, sobre el derecho de dominio, y los artículos 1849 y 1443 del mismo Código, sobre compraventa y donación.

5º No se tuvieron en cuenta las normas de las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961 que establecen cómo deben determinarse, medirse y alindarse las áreas explotadas económicamente, bien con ganados, o con cultivos o con instalaciones complementarias, y que prescriben que se deben reputar como explotadas otras porciones incultas, de extensión equivalente a las primeras, que sean necesarias para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento de éste o para el ensanche de la misma explotación.

6º No se cumplió con lo prescrito en los artículos 715 y siguientes, y 724 y siguientes del Código Judicial, al no alindar claramente las zonas de explotación económicas, en la diligencia de inspección verificada el 30 de marzo de 1964, y al permitir que esa labor la hiciera un tercero, fuera de la diligencia y a su amaño.

7º Al verificarse la mencionada diligencia tampoco se cumplió con lo ordenado en los Decretos 1902 de 1962 y 1904 del mismo año, sobre designación de peritos.

8º Igualmente se violaron los artículos 11 de la Ley 200 de 1936 y 14 del Decreto 1902 de 1962, al no excluir de la resolución sobre extinción, el terreno destinado para aeródromo, que es de una cabida aproximada de 100 hectáreas, y que cumple una finalidad económica y de servicio público.

Concepto del señor Fiscal Cuarto

La Fiscal 4º, doctora Aydee Anzola Linares, al alegar de conclusión ha expuesto respecto a las pretensiones contenidas en la demanda, que aunque se trate de un bien salido del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873, si ese bien mediante su explotación económica no cumple la función social prevista en la Constitución, puede ser objeto de la declaratoria de extinción del dominio, de conformidad con las disposiciones pertinentes de las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, que se

refieren precisamente a la propiedad privada y que armonizan con la norma constitucional en que se garantiza tal propiedad. Y que tampoco procede la revisión pedida, con fundamento en que las zonas boscosas hayan estado destinadas a proteger las aguas, por cuanto se demostró en las diligencias administrativas que aquellas zonas han sido susceptibles de ser aprovechadas con cultivos propios de la región, sin que por ello los caudales de agua corran el riesgo de sequía o de que los suelos puedan erosionarse.

Considera también el señor Agente del Ministerio Público que sí es procedente la revisión de los actos acusados en cuanto a que al lote Nº 1 o "Potrero Largo", excluido de la declaratoria de extinción, no se le dio en ésta la cabida que le corresponde según lo establecido en el juicio, lo mismo que en cuanto a que al lote Nº 2, donde está situada la mina se le fijó una cabida inferior a la que realmente tiene, conforme al dictamen pericial que la determinó en cinco hectáreas. Al concepto precede el análisis legal pertinente.

Para resolver, se considera

Está probado que el inmueble denominado "El Cerro" salió del patrimonio estatal desde el 30 de mayo de 1840, cuando mediante la venta en pública almoneda verificada ante el jefe político de la ciudad de Antioquia, adquirieron aquél el señor Eugenio Martínez y las Sociedades de Frontino y Musinga. Consta que el comprador pagó el valor de la venta, y que la enajenación del inmueble no quedó sujeta a ninguna condición resolutoria. El precio fue el de ciento ochenta y nueve pesos ($ 189.00) con tres reales, equivalente a las dos terceras partes del avalúo, valor de enajenación autorizado por el artículo 20 de 13 de octubre de 1821 cuando los compradores se obligaban a satisfacerlo inmediatamente en las tesorerías nacionales.

Pero del hecho de que el Estado disponga en las condiciones anotadas de un bien fiscal, ejecutando uno de aquellos actos de gestión patrimonial que en la enumeración de las actividades administrativas se han contrapuesto a los actos llamados "de autoridad", no significa que sobre aquel bien pierda definitivamente el poder público el ejercicio de todos los atributos de su soberanía, surgiendo así en la comunidad política algo insusceptible de toda regulación. Ya enseñaba el señor Bello que hay dos especies de dominio inherentes a la soberanía: "el uno semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos; y el otro superior a éste, en virtud del cual puede el soberano disponer, no sólo de los bienes de la República y de los bienes comunes, mas también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del Estado lo requieren". "La facultad —agregaba— de disponer en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el Estado, se llama dominio eminente, o simplemente dominio".

Al dominio eminente no renuncia nunca el Estado, como no puede renunciar al ejercicio de su soberanía; y por eso cualesquiera sean los títulos de adquisición del particular, y así sea el tradente el Estado mismo, el ejercicio del derecho de propiedad no puede quedar sustraído a los ordenamientos de las superestructuras legales. Por eso existen el régimen de la expropiación y el de la extinción del dominio. La declaratoria de extinción no se opone a que el inmueble haya salido del pa-

trimonio del Estado, ni surte propiamente los efectos de la condición resolutoria estipulada en un pacto. Ella es un acto de soberanía que se cumple por un procedimiento reglado, dentro del cual ha debido operar la demostración de que un inmueble no ha cumplido con la función que a la propiedad asigna la Carta, no importando ni el título de adquisición ni el tradente. En los términos del artículo 3º de la Ley 200 de 1936, acreditan propiedad privada tanto los títulos inscritos otorgados entre particulares, y en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, como el título originario expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal. En el caso de autos, y al tenor de la disposición mencionada, tanto los títulos otorgados por particulares como el otorgado por el Estado acreditan la propiedad en cabeza de la sociedad demandante; pero es precisamente por haberse comprobado este presupuesto fundamental por lo que la administración pudo hacer la declaratoria de extinción del dominio a que dan lugar las disposiciones de los artículos 6º de la Ley 200, antes citada, 3º, 6º, 22 y siguientes de la Ley 135 de 1961.

No puede prosperar, pues, el primero de los cargos formulados en la demanda.

En cuanto a los demás cargos se debe considerar lo siguiente:

a) Sí se sustrajeron de la declaración de extinción algunas áreas en que las obras de exploración y explotación del subsuelo minero excluyen el beneficio del suelo, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 200 de 1936. Esas exploración y explotación, como consta de las diligencias de inspección ocular practicadas en la etapa administrativa y dentro del juicio, y como consta también de los dictámenes periciales, han sido reducidas por diversos motivos, reducción o limitación de actividades que ha aceptado la parte demandante. Pero habiendo quedado demostrado en este juicio que el área correspondiente a la explotación es mayor a la que se estimó dentro del procedimiento administrativo, es necesario que las resoluciones acusadas se revisen por este concepto;

b) No toda la extensión del inmueble "El Cerro", estimada en 3.000 hectáreas, corresponde a la zona de reserva forestal protectora de las aguas, a que se refieren los artículos 9º y 10 de la Ley 200 de 1936, y 4º del Decreto-ley 2278 de 1953, o al menos eso no fue probado. Tampoco se probó, y es claro que la prueba correspondía al demandante, que la pendiente de los terrenos fuera superior al 40%, ni el predominio de maderas aprovechables comercial o industrialmente, ni que se hiciera replantación forestal, ni que se tratara de bosques nacionales, de conformidad con los preceptos de los artículos 13 y 14 de la citada ley, y 26 del Decreto 59 de 1938.

La revisión de las resoluciones acusadas no podrá prosperar por el concepto de haberse violado las disposiciones a que se ha hecho referencia.

c) En el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 200 de 1936 se establece que la presunción de propiedad privada contemplada en el inciso 1º se hace extensiva a las porciones incultas cuya existencia sea necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento

para el mejor aprovechamiento de éste, y que estas porciones pueden ser iguales a la de la parte explotada. Y en el artículo 6º del Decreto Nº 0059 de 1938 se fija la proporción en que deben ocuparse con ganados los terrenos destinados a la industria pecuaria para que se reputen explotados económicamente, así: cuando se trata de terrenos planos y de primera calidad, una cabeza de ganado mayor por cada hectárea; cuando se trate de terrenos de mediana calidad, dos hectáreas por cada cabeza, y cuando se trate de terrenos de calidad inferior, o sean accidentados o poco propicios para la cría de ganados, tres hectáreas por cabeza.

En el acta de inspección ocular verificada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el siete de junio de mil novecientos sesenta y siete, por comisión del Consejo, obra el dictamen pericial al cual pertenecen las siguientes afirmaciones que no fueron controvertidas: 1º El área ocupada por las explotaciones mineras, tales como socavones, molinos y arrastres, es de cinco hectáreas. 2º La zona agropecuaria es de ciento sesenta hectáreas. 3º Dentro del predio "El Cerro" existe una pista de aterrizaje para aviones pequeños, en servicio, construida, según informes, por el municipio de Frontino y por el departamento. 4º Estimamos que hay posibilidad para ensanchar la explotación pecuaria con la apertura de nuevos potreros adyacentes al llamado "Potrero Largo".

Al ampliar el dictamen dijeron estimar los suelos como de segunda, y aptos por lo mismo para una cabeza por cada dos hectáreas.

En la Resolución 3020 de 1964, además de que se dio a las zonas minera y agropecuaria cabidas que fueron rectificadas en el juicio, no se tuvieron en cuenta las disposiciones de la Ley 200 de 1936 y del Decreto 0059 de 1938, anteriormente citadas. Procederá, pues la revisión por este concepto.

d) Carece de fundamento el cargo consistente en que es un vicio del acta de la inspección ocular verificada el 30 de marzo de 1964, el hecho de que la alindación de la zona explotada se hubiere encargado a un tercero. Lo que se dice en el acta es lo siguiente: "La zona en donde se cumple la explotación económica descrita atrás y ejecutada por la empresa propietaria o por personas con vínculos económicos con la compañía, se determina por los siguientes linderos: En este punto de la diligencia el funcionario de la División de Ingeniería de Campo de INCORA que realizó el trabajo de alindación correspondiente manifestó que en Bogotá, por necesidad de utilizar recursos técnicos adicionales para la mejor precisión de distancia y otros detalles similares, presentará completo el trabajo respectivo".

Efectivamente el trabajo fue presentado, y puede verse, acompañado de dos planos, a los folios 60, 61, 64 y 65 del cuaderno que contiene el proceso administrativo.

Si a los peritos puede concederse término para rendir el dictamen, no hay ninguna irregularidad en que a un técnico como lo es un Ingeniero de Campo, se le conceda también para hacer una alindación técnica. Lo importante es que el funcionario a cuyo cargo está la práctica de la inspección cumpla con la función de examen y reconoci-

miento de que trata el artículo 727 del Código Judicial, y en el presente caso consta que con esa función se cumplió puntualmente.

e) Es cierto que al momento de iniciar la inspección ocular, el 30 de marzo de 1964, no concurrieron los peritos que habían sido designados, y que el funcionario procedió a reemplazarlos con otros. Ese procedimiento está autorizado por lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 706 del Código Judicial, disposición que no fue derogada, ni expresa ni tácitamente por la Ley 135 de 1961. Inicialmente los peritos se designaron por sorteo entre quienes forman las listas del Instituto Agustín Codazzi y del de la Reforma Agraria; pero si éstos no se posesionan o no se presentan a desempeñar el cargo, como el juicio no puede estar definitivamente suspenso, es natural que el funcionario que va a verificar la inspección pueda hacer el reemplazo. El cargo carece de fundamento legal;

f) En lo relacionado con la inclusión en la zona objeto de la declaratoria de extinción del terreno y edificaciones destinados al aeropuerto, es innegable que se contravino lo ordenado en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, al tenor del cual la presunción de ser propiedad privada se extiende a las porciones incultas que signifiquen un complemento para el mejor aprovechamiento del predio. Todas las vías de comunicación son factores que concurren a la rapidez y comodidad en el acarreamiento de materiales y en la distribución de productos, y por lo mismo a la mejor explotación de una empresa. Estos objetivos se realizan con mayor eficacia en la vía aérea.

El cargo debe prosperar.

Imponiéndose, como se impone, la revisión y anulación de las providencias acusadas en razón de los cargos que resultan probados, es improcedente analizar otros que pudieran surgir de los planteamientos hechos por el actor. Por otra parte, la anulación ha de comprender en su integridad los actos objeto de impugnación, porque, como lo ha dicho la Sala en varios fallos, entre ellos el de 28 de febrero del año en curso, recaído en el juicio número 825, la indeterminación de la zona o zonas que se deben excluir, y en consecuencia la indeterminación también de la zona que pueda no serlo, no permite a esta corporación estatuir con fundamento en los elementos que obren en juicio.

Decisión

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con lo conceptuado por el señor Fiscal,

Falla:

1º Revísanse las Resoluciones números 3020 de 8 de junio de 1964, expedida por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, 243 de 9 de noviembre de 1964, originaria de la Junta Directiva del mencionado Instituto, y 240 de septiembre 10 de 1965, de la Presidencia de la República, mediante las cuales se declaró extinguido el dominio privado de cualesquiera persona natural o jurídicas, y es-

pecialmente de la Compañía "The Carmen Valley Gold Mines Limited", sobre una porción del inmueble "El Cerro" ubicado en el municipio de Frontino y alindado así: Por el occidente, el filo nombrado de "Los Azules" hasta donde atraviesa el camino de arriba que gira para Musinga; de aquí por este camino, hasta el punto donde desemboca la quebrada "Las Azules" y la de San Pedro; de aquí por éste para abajo, hasta su confluencia en la del Carmen, las cuales forman el río Frontino; ésta abajo, hasta el punto nombrado El Bordo; de aquí, hacia el norte por el lindero reconocido por la Compañía de la Nueva Granada y los señores José A. y Pedro Gaviria según consta en las escrituras números 15 y 24 otorgadas con fecha 12 de enero y 4 de febrero de 1859 (en Frontino); por el oriente, por todo el filo arriba de Frontino, hasta el Cerro Plateado, primer lindero.

2º Son nulas las Resoluciones números 3020 de 8 de junio de 1964, expedidas por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y 243 de 9 de noviembre de 1964, proferida por la Junta Directiva del mencionado Instituto, y 240 de septiembre 10 de 1965, originaria de la Presidencia de la República, enunciadas en el numeral anterior.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente. Revalídese el papel común.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión celebrada el día veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Gabriel Rojas Arbeláez, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge A Velásquez D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

COMITE DE REGALIAS

PROMULGACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.— Un acto administrativo no es nulo en sí mismo por falta de promulgación, aun cuando ésta sea de imperioso cumplimiento.— **Una cosa es que para que entre a regir el acto sea necesaria la previa publicación y otra que el acto no publicado haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (Art. 62 del C. C. A.) o en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere (Art. 66 ibídem). En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contencioso administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición legal que permita la anulación del acto por no haber sido publicado.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge de Velasco Alvarez**).

El doctor Fernando Londoño Hovos demandó en acción pública la Resolución número 1 de 1969, dictada por el Comité de Regalías, resolución "por la cual se autoriza el registro en la Oficina de Cambios para efectos de giros al exterior de contratos de arrendamiento de películas cinematográficas a porcentaje".

"Esta acusación —dice el demandante— se eleva solamente por la irregularidad formal de la falta de promulgación".

Para demostrar el doctor Londoño que el acto acusado no había sido publicado, adjuntó a la demanda una certificación del Secretario del Comité de Regalías en donde tal cosa se afirma; certificado que desde luego no hace plena prueba pues, conforme a lo dispuesto por el artículo 632 del Código Judicial, solamente tienen esa virtud los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones.

Mas es lo cierto que la resolución acusada aparece en el Diario Oficial Nº 32784 del 17 de mayo del corriente año. Lo que significa que cuando el doctor Londoño presentó su demanda (abril 14 de 1969) la mencionada resolución del Comité de Regalías no había sido publicada.

La Sala cree conveniente precisar que un acto administrativo no es nulo en sí mismo por la falta de promulgación, aun cuando ésta sea de imperioso cumplimiento. Una cosa es que para que entre a regir aquel acto sea necesaria la previa publicación y otra que el acto no publicado haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (Art. 62 del C. C. A.), o en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere (Art. 66 ibídem). En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contenciosa administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición legal que permita la anulación del acto por no haber sido publicado.

La razón es obvia: un acto administrativo dictado por quien tiene competencia para hacerlo, sin abuso de poder y sin violarse las normas superiores de derecho, es un acto administrativo correctamente dictado. En sí mismo no envuelve ninguna irregularidad. Si hay que publicarlo y no se publica, cuando más puede aceptarse que no rige antes, pero no que sea nulo; y las aplicaciones que hubiere tenido serían motivo de cualquier otra acción menos de la de simple nulidad que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Por ello la Sala no puede despachar favorablemente las peticiones de la demanda.

El señor Fiscal considera que aquí se trata de un acto que debió demandarse en acción de plena jurisdicción porque se refiere a determinado número de personas fácilmente identificadas, cuales son los representantes de las casas cinematográficas. Disiente la Sala de tal apreciación pues la resolución del Comité de Regalías, aun cuando tomó como base un acuerdo entre representantes de casas distribuidoras de películas y los exhibidores nacionales, fue dictada para todas aquellas personas —presentes y futuras— que se ocupen del mismo negocio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oída la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no accede** a las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

EMBAJADORES.— Reajuste de la pensión de jubilación.— **Aunque la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 entró a regir como parte integrante de la ley, el 23 de abril de 1966, sin embargo, su observancia, en lo atinente al reajuste de la pensión jubilatoria para los Embajadores, deberá cumplirse con base en la asignación de un Ministro del Despacho Ejecutivo, en 23 de octubre del mismo año.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**).

Ref.: Juicio número 1175. Demandante: Rodolfo García García. Actos nacionales.

Por medio de apoderado especial, debidamente constituido, el doctor Rodolfo García García, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción de que trata el artículo 67 y concordantes de la Ley 167 de 1941, formuló ante esta corporación las siguientes peticiones:

"Primera. Que es parcialmente nula la Resolución número 00605 de 1967 (febrero 8), proferida por la Caja Nacional de Previsión, en cuanto hace al artículo 4º de su parte resolutiva, que reconoció cesantía en favor del actor, ya que para la liquidación respectiva no se tuvo (sic) todo el tiempo servido por el doctor Rodolfo García García, en el desempeño de sus distintos cargos públicos.

"Segunda. Que es parcialmente nula la citada Resolución número 00605 de 1967 (febrero 8), proferida por la Caja Nacional de Previsión, en cuanto hace al artículo 2º de su parte resolutiva, en razón de que para reajustar la pensión de jubilación reconocida al actor, de conformidad con los términos de la Ley 4ª de 1966, se tuvo en cuenta lo devengado por el cargo que ocupaba el doctor Rodolfo García García cuando fue pensionado, en 23 de abril de 1966 y no en 23 de octubre de ese mismo año, dado que el actor fue pensionado como Embajador de la República y dada igualmente la excepción que para tal cargo de Embajador establece el artículo 10 de la citada Ley 4ª de 1966.

"Tercera. Que como consecuencia de la nulidad declarada en el punto primero de esta parte petitoria, el honorable Consejo de Estado

deberá disponer que el actor Rodolfo García García tiene derecho a que por la Caja Nacional de Previsión se le compute todo el tiempo servido por él en los distintos cargos prestados al Estado para efectos de su cesantía definitiva.

"Cuarta. Que como consecuencia de la nulidad declarada en el punto segundo de esta parte petitoria, el honorable Consejo de Estado deberá disponer que el actor Rodolfo García García, tiene derecho a que se le reconozca y pague el reajuste de la pensión de jubilación de que trata la Ley 4ª de 1966, con base en el sueldo de Embajador, equivalente al de Ministro del Despacho en 23 de octubre de 1966, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la citada Ley 4ª, y a partir del 23 de octubre del citado año de 1966.

"Quinta. Que ese honorable Consejo de Estado, deberá igualmente disponer que se reconozcan al actor las demás prerrogativas que sean consecuencia de los hechos que se acrediten en este negocio".

Los **hechos** en que el actor sustenta su demanda los expresa así:

"a) La Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución número J-3030 de 1962, reconoció al doctor Rodolfo García García, una pensión vitalicia de jubilación por los diferentes servicios prestados al Estado liquidada con base en el último cargo desempeñado por él, que lo fue el de Embajador de la República en Bolivia y por haber llenado los demás requisitos de tiempo y edad que exigían las disposiciones legales vigentes para esta clase de prestaciones;

"b) En el artículo 3º de la parte resolutiva de la citada Resolución número J-3030 de 1962, la Caja Nacional de Previsión dispuso que el auxilio adicional de cesantía a que el interesado doctor Rodolfo García García, pudiera tener derecho, se liquidaría cuando éste demostrara el retiro definitivo del servicio oficial y que para tal época se harían los descuentos y reajustes por aportes o por cualquiera otro concepto a que hubiera lugar;

"c) Con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación que hizo la Caja al doctor Rodolfo García García, éste continuó prestando servicios al Estado por un período mayor de tres años, por lo cual solicitó y obtuvo de la misma entidad, el reajuste de su pensión de jubilación, con base en lo dispuesto en la Ley 171 de 1961, reajuste que le fue reconocido al actor mediante la Resolución número 0440 de 1965 (enero 23) y le reconoció igualmente una cesantía excedente o adicional de $ 56.916.33;

"d) Al dictarse la Resolución número 0440 de 1965, a que se acaba de hacer alusión, la Caja Nacional de Previsión omitió liquidar como base del salario devengado por el doctor García García, las primas de Navidad correspondientes a los años de 1962, 1963 y 1964, por lo cual hubo de solicitarse a ese honorable Consejo de Estado revisión de la citada resolución, a efecto de que se dispusiera que tales primas de Navidad debían computarse para efectos del reajuste de la pensión de jubilación aludida;

"e) Ese honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de 6 de junio de 1966, ordenó revisar las Resoluciones J-3030 de 1962 y 0440

de 1965, disponiendo que el doctor Rodolfo García García, tenía derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social le reajustara la pensión de jubilación decretada, liquidándole también la prima de Navidad de $ 6.600.00, recibida como parlamentario y correspondiente al año de 1964;

"f) El propio doctor Rodolfo García García, por medio de memorial de noviembre 24 de 1966, hizo a la Caja Nacional de Previsión Social, las siguientes solicitudes: a) Que se diera cumplimiento al fallo del honorable Consejo de Estado que había ordenado aumentar la pensión de jubilación, computando la prima de Navidad de 1964; b) Que se le reconociera el auxilio de cesantía a que tenía derecho de acuerdo con lo establecido en la Ley 4ª de 1966; y c) Que se le aumentara la pensión de acuerdo con la misma Ley 4ª de 1966;

"g) A las solicitudes hechas por el doctor Rodolfo García García, a que se alude en el ordinal inmediatamente anterior, respondió la Caja Nacional de Previsión dictando la Resolución número 00605 de 1967 (febrero 8), que es materia de la presente demanda de nulidad parcial, por medio de la cual se dio cumplimiento a la sentencia del honorable Consejo de Estado, se ordenó el reajuste pensional de que trata la Ley 4ª de 1966 y se reconoció y ordenó pagar el auxilio definitivo de cesantía;

"h) El auxilio de cesantía que le reconoció al doctor Rodolfo García García, la Caja Nacional de Previsión mediante la Resolución número 00605 de 1967 (febrero 8), se le hizo reajustándole la ya reconocida por medio de la Resolución número 0440 de 1965, que le había sido adicional o excedente, tomando como base el mayor salario resultante del cómputo de la prima de Navidad de 1964, ordenado por ese honorable Consejo de Estado en su fallo de 6 de junio de 1966, pero omitiendo, en primer lugar, los lapsos comprendidos entre el 1º de enero de 1942 al 19 de julio de 1945; del 1º de agosto de 1946 al 7 de diciembre de 1947, y del 29 de mayo de 1949 al 29 de marzo de 1953, y, en segundo lugar, sin tener en cuenta que la cesantía debía ser no ya adicional, sino por todo el tiempo de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 4ª de 1966;

"i) La Resolución número 00605 de 1967, materia de esta demanda, ordenó reajustar la pensión de jubilación del doctor Rodolfo García García, con base en el sueldo que devengaba en 23 de abril de 1966, el cargo que sirvió de base pora la liquidación de la pensión de jubilación reconocida primitivamente al actor, cuando el sueldo base para tal liquidación ha debido ser el correspondiente al que tal cargo devengaba el 23 de octubre de 1966, o sea el equivalente al de Ministro del Despacho Ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1966 y 11 de su Decreto reglamentario número 1743 de 1966, ya que su pensión de jubilación le fue reconocida y liquidada con base en el sueldo que devengaba el citado doctor García García, como Embajador de la República, sueldo que para el 23 de octubre de 1966 era el correspondiente al de Ministro del Despacho Ejecutivo;

"j) El sueldo de Ministro del Despacho Ejecutivo fue establecido por la Ley 20 de 1966".

Como fundamentos de derecho se invocan la Ley 4ª de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de ese mismo año.

Sintetizando el concepto de la violación de las normas quebrantadas con el acto acusado, el demandante sostiene, en relación con el reajuste de su pensión de jubilación, que ha debido hacerse teniendo en cuenta la asignación correspondiente a los Ministros del Despacho Ejecutivo en 23 de octubre de 1966, conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley 4ª de tal año y no la que tenían en 23 de abril, pues considera que el artículo citado establece una clara excepción para quienes se hubieran pensionado en el cargo de Embajadores, por lo cual no resulta aplicable el régimen general de reajustes consagrado en el artículo 5º de la misma ley para los demás servidores del Estado.

En cuanto a la cesantía definitiva que le fue liquidada por medio de la resolución impugnada, afirma el actor que la ley no dispone que los años tenidos en cuenta para computar la pensión de jubilación, deban excluirse del cómputo correspondiente a la cesantía definitiva, pues, precisamente, el artículo 7º de la Ley 4ª de 1966 abolió la incompatibilidad entre estas dos prestaciones.

El señor Fiscal 3º del Consejo de Estado al emitir su concepto de fondo manifestó lo siguiente:

"No obstante la estrecha relación que existe entre los conceptos "servidores o trabajadores públicos" y "pensiones de jubilación", la Fiscalía considera que no es acertado, en el caso que nos ocupa, interpretar la Ley 4ª de 1966 y su decreto reglamentario en el sentido de averiguar a qué clase de funcionarios cobijan dichas normas ya que ellas, fundamentalmente, hacen referencia a las pensiones que se hayan causado o estén por causarse.

"Por lo mismo, no son valederas las razones del demandante cuando dice que tanto la ley como el decreto establecieron dos regímenes especiales, uno para los servidores públicos y otro para los Embajadores. En efecto, las disposiciones que contemplan los artículos 5º de la ley y 6º del Decreto 1743, son normas de carácter general como que ordenan el reajuste de **todas** las pensiones, sin excepción de ninguna índole, que han sido reconocidas con anterioridad a la vigencia de la ley.

"Además, el hecho de que los artículos 10, de la Ley 4ª y 11 del decreto aludan en forma exclusiva a los Embajadores no significa que a estos funcionarios se les haya otorgado una reglamentación especial puesto que, por una parte, esos artículos no pueden tomarse aisladamente sino en concordancia con los 5º y 6º arriba indicados y, por otra parte, que la intención del legislador no es más que la de remediar una injusticia que se venía cometiendo en lo que hace a las pensiones de los Embajadores ya que estos empleados, cuyos sueldos en su mayoría son pagados en dólares, estaban asimilados, en cuanto al derecho a prestaciones, a la categoría de un Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"El artículo 5º de la ley dice que las "pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de derecho

público con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente". Y agrega: Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta ley".

"El artículo 6º del Decreto 1743 expresa que la "asignación actual" que ha de tomarse como fundamento del reconocimiento será "la correspondiente en veintitrés (23) de abril de 1966, del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación". Y el 11 ordena que para las pensiones de jubilación de los Embajadores "se tomará como base las asignaciones señaladas a los Ministros del Despacho" y el "reajuste solamente tiene operancia a partir del veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966)".

"El demandante afirma que para el reajuste de las prestaciones de los Embajadores hay que tener en cuenta el sueldo que devengaba un Ministro el 23 de octubre de 1966 por el simple hecho de que el artículo 6º del decreto indica cuál ha de ser la "asignación actual" mientras que el 11 sólo señala a partir de qué fecha debe hacerse el reajuste, olvidando que la aplicación de este último está sometida, en un todo, a lo dispuesto por aquél que es la norma general.

"Ahora bien, si según el artículo 14 de la Ley 4ª de 1966 ella "rige desde su sanción", es lógico concluir que el término "asignación actual", empleado por aquélla, alude a la fecha en la cual se causó el derecho, o sea el 23 de abril de ese mismo año, y no a la fecha desde la cual han de hacerse efectivos el reajuste y pago ordenados por la norma que se comenta.

"Entonces, si la pensión del doctor Rodolfo García García reúne todas las características señaladas por el artículo 5º de la Ley 4ª, como que fue reconocida por una entidad de derecho público, con anterioridad al 23 de abril de 1966, por qué no ha de aplicársele dicho artículo que, no sobra repetirlo, hace referencia a todas las pensiones sin excepción alguna?

"En consecuencia, la Fiscalía considera que el doctor García no tiene derecho a que su pensión se le reajuste con fundamento en el sueldo devengado por un Ministro del Despacho el 23 de octubre de 1966, sino con el correspondiente a la fecha desde cuando se causó el beneficio del reajuste.

"En lo que respecta a la petición consistente en que el actor "tiene derecho a que por la Caja Nacional de Previsión se le compute todo el tiempo servido por él en los distintos cargos prestados al Estado para efectos de su cesantía definitiva", el suscrito Fiscal conceptúa que debe accederse a las súplicas de la demanda por las razones que a continuación se expresan:

"El artículo 27 del Decreto 1611 de 1962 dispuso que la "pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía" pero "cuando la jubilación ocurra después de un tiempo de servicio mayor de veinte

(20) años, el trabajador recibirá además de la pensión, la cesantía que corresponda al tiempo excedente". Y agregó: "Los valores lícitamente recibidos por el titular de la pensión como anticipos, liquidaciones parciales y pagos definitivos de cesantía o préstamos autorizados sobre la misma, podrán ser deducidos del monto de la pensión...".

"Las disposiciones anteriores fueron sustituidas por el artículo 7º de la Ley 4ª de 1966, al preceptuar que no "se excluye la pensión de jubilación y la cesantía que hoy reconocen las leyes" y que "a partir de la vigencia de esta ley se suspenderán los descuentos que se están haciendo por concepto de cesantías ya pagadas, y sin derecho a reembolso por lo ya descontado".

"De los textos legales acabados de transcribir se desprende que la Caja Nacional de Previsión Social estuvo errada al computarle al actor únicamente el tiempo comprendido entre el 30 de marzo de 1953 y el 19 de julio de 1966. En consecuencia, el doctor Rodolfo García García tiene derecho a recibir una cesantía definitiva, no adicional o excedente, por todo el tiempo servido pero sólo a partir del 1º de enero de 1942, de conformidad con las previsiones del artículo 17, letra a), de la Ley 6ª de 1945".

Habiéndose agotado el procedimiento propio del juicio, sin que se observe causal alguna de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia, previas las siguientes

Consideraciones

Son dos los puntos sometidos al estudio y decisión de esta entidad, a saber:

a) Que la pensión del doctor Rodolfo García García se le debe reajustar con base en el sueldo que tenían los Ministros del Despacho en 23 de octubre de 1966, y no en 23 de abril, como se hizo en la providencia acusada; y

b) Que la cesantía definitiva debe liquidársele por todo el tiempo servido, sin excluir los lapsos omitidos por la Caja Nacional de Previsión Social al efectuarse su liquidación total.

En cuanto al primer aspecto opina la Fiscalía que no debe accederse a resolverlo favorablemente, por cuanto el caso del doctor García García, quien fue pensionado como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Colombia en la República del Paraguay, no constituye una excepción al régimen general de reajustes contenido en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, y porque, además, el hecho de que la misma ley dijera que regía a partir de su vigencia, como lo fue el 23 de abril de 1966, está indicando que los sueldos que deben tomarse en cuenta para los reajustes, son los que tenían los cargos respectivos en dicha fecha, y no en 23 de octubre de ese mismo año.

La Sala no está de acuerdo en este punto con el criterio del señor Fiscal, por las razones que se exponen a continuación:

El artículo 10 de la Ley 4ª de 1966, prescribe:

"Los Embajadores en el exterior, para los efectos de liquidación y pago de las pensiones de jubilación e invalidez, tendrán el carácter de Ministros del Despacho y las pensiones que en la actualidad estén disfrutando quienes fueron jubilados como tales, se les reajustarán conforme a dicha calidad, seis (6) meses después de entrar en vigencia esta ley".

En cambio, el artículo 5º ibídem que estatuye el régimen general de reajustes, dispone:

"Las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de derecho público, con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente.

Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta ley".

De la simple lectura de la disposición primeramente transcrita, se deduce que, en realidad, la intención del legislador fue la de darle a los Embajadores un tratamiento de excepción. De otra manera no hubiera sido necesaria la expedición de ese precepto legal, pues los reajustes de las pensiones para tales funcionarios habrían seguido el régimen general sin necesidad de ninguna aclaración.

En efecto, cabe observar que mientras la segunda norma mencionada establece para todos los servidores públicos, que la base para el reajuste es la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron para su liquidación o su equivalente, en cambio, la primera de ellas consagra el expreso mandato, para efectos de prestaciones, de que los Embajadores tendrán el carácter de Ministros del Despacho Ejecutivo.

Asimismo, debe tenerse presente que cuando el régimen general de reajustes (artículo 5º), toma como base la asignación actual del cargo, o sea el 23 de abril, para los Embajadores ordena que el reajuste pensional se hará seis meses después de la vigencia de la ley, lo cual debe interpretarse no como lo afirma el señor Fiscal, en armonía con el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, sino de acuerdo con el texto del artículo 10 de dicho estatuto.

Lo anterior está indicando que aunque la disposición contenida en esta última norma entró a regir como parte integrante de la ley, el 23 de abril de 1966, sin embargo, su observancia, en lo atinente al reajuste de la pensión jubilatoria para los Embajadores, deberá cumplirse con base en la asignación de un Ministro del Despacho Ejecutivo, en 23 de octubre del mismo año, que es, precisamente, el caso controvertido en el presente juicio.

Sintetizando lo que se deja expuesto, para la Sala no existe ninguna duda sobre la manifiesta voluntad del legislador, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 4ª de 1966, consagró una excepción al régimen de reajustes que en forma general estableció el referido estatuto en su artículo 5º para todos los servidores públicos.

También es claro, además, que la intención del legislador fue la de que, en el futuro, los Embajadores quedaran gozando de una pensión reajustada, que correspondiera en categoría y asignación, a la de un Ministro, por lo cual es apenas lógico tener en cuenta para efectuar ese reajuste, el sueldo que devengaban tales funcionarios en 23 de octubre de 1966, como lo prescribe la norma excepcional a que se ha venido haciendo referencia.

De otra parte, el artículo 2º de la Ley 20 de 1966 (julio 15), fijó nuevas asignaciones mensuales para los Ministros del Despacho Ejecutivo. Y como esa disposición tuvo vigencia antes del 23 de octubre de 1966, —fecha prevista para el reajuste de las pensiones de los Embajadores—, es forzoso concluir y aceptar que éstos quedan amparados por lo ordenado en aquel precepto legal.

En relación con la cesantía reclamada por el demandante, la Sala está de acuerdo con los planteamientos hechos por el señor Agente del Ministerio Público en su vista de fondo. Como allí se sostiene la cesantía definitiva se le liquidó al doctor Rodolfo García García, por medio de la resolución acusada, cuando ya estaba en vigencia la Ley 4ª de 1966, cuyo artículo 7º abolió la incompatibilidad anteriormente existente entre la pensión de jubilación y dicha prestación. De manera que como lo aduce el señor Fiscal y lo solicita el actor, ha debido liquidársele todo el tiempo servido a partir del 1º de enero de 1942, pues el argumento de la Caja en el sentido de que por haberse tenido en cuenta cierto lapso para efectos de liquidación de la jubilación, no puede contabilizarse para los relacionados con la cesantía, está en abierta pugna con el perentorio mandato de la norma aludida, que permite percibir pensión y cesantía por todo el tiempo trabajado. Y el demandante demuestra haber prestado servicios al Estado con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1966, lo cual hace que quede comprendido por las disposiciones de este estatuto.

Por lo demás, de conformidad con el artículo 2º del Decreto número 1723 de 17 de julio de 1964, reglamentario de la Ley 48 de 1962, para la liquidación del auxilio de cesantía de los miembros del Congreso Nacional, se tendrá en cuenta el tiempo servido con posterioridad al 1º de enero de 1942. Y en este caso se halla el actor.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que las cesantías definitivas recibidas por el trabajador son de carácter exhaustivo, es decir, no son modificables, en la nueva liquidación que se haga al demandante deberán excluirse los tiempos comprendidos en las Resoluciones números J-16 y J-611 de 1948, (folios 61 y siguientes de expediente administrativo), como también aquellos de que trata la Resolución 0440 de 1965 (folio 234), pues según consta en las providencias citadas, el doctor García García, recibió auxilio definitivo de cesantía por esos lapsos.

De suerte que dejando de incluir tales tiempos, ya reconocidos y pagados al actor, la Caja debió liquidarle la cesantía por todo el tiempo servido en los diferentes cargos públicos que ocupó, a partir del 1º de enero de 1942, deduciéndole, claro está, lo que por el mismo concepto ya hubiere recibido.

En mérito de lo expuesto, 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, de acuerdo, en parte, con el concepto fiscal,

Falla:

Primero. Son nulos los artículos segundo (2º) y cuarto (4º) de la Resolución número 00605 de 8 de febrero de 1967, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.

Segundo. En consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social, dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, reconocerá y pagará al doctor Rodolfo García García, como reajuste de su pensión de jubilación, la suma que corresponda al setenta y cinco por ciento (75%) del sueldo que devengaban los Ministros del Despacho Ejecutivo en 23 de octubre de 1966, reajuste que se hará efectivo a partir de tal fecha, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 de la Ley 4ª de 1966, 11 del Decreto 1743 de 1966 y 2º de la Ley 20 de 1966.

Tercero. Asimismo, dentro del plazo anteriormente indicado, la Caja Nacional de Previsión Social, liquidará y pagará al doctor Rodolfo García García la cesantía definitiva a que tiene derecho, computando todo el tiempo servido por él en los diferentes cargos públicos que desempeñó, a partir del 1º de enero de 1942, con exclusión de las sumas que le hayan sido pagadas por concepto de cesantías definitivas y a que se hizo referencia en la parte motiva del presente fallo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada, aprobada por la Sala en sesión verificada el día primero (1º) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Belisario Arciniegas, Andrés Holguín.

Susana Montes de Echeverri, Secretaria.

INDERENA

FACULTAD IMPOSITIVA.— De la rama ejecutiva del poder público.— **Dentro del orden jurídico normal la rama ejecutiva del poder público carece de facultades impositivas. Y si ello se predica del Gobierno, más clara resulta aún esa tesis en tratándose de organismos descentralizados de la administración, como lo es el Inderena, pues ellos en realidad ejercen atribuciones propias del ejecutivo por procedimientos más ágiles y técnicos que los ordinarios y no pueden tener, por ende, mayores o mejores facultades que el mismo Presidente de la República.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., septiembre diez y nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Juan Hernández Sáenz**).

El doctor Osvaldo Rengifo demanda del Consejo que declare nula la Resolución 81 de 1969, dictada por el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, INDERENA, y mediante la cual estableció un derecho de cinco pesos por cada metro cúbico de madera que se autorice explotar y pagadero por los concesionarios o titulares de permisos para explotar bosques públicos o por los explotadores de bosques de propiedad particular y dispuso también que los recaudos hechos por ese concepto ingresaran directamente a la Tesorería del INDERENA.

Dice el demandante que el acto acusado viola los artículos 43, 76, ordinal 13, y 210 de la Constitución Nacional, porque esas normas le atribuyen privativamente a la rama legislativa la facultad de establecer impuestos en tiempo de paz; los artículos 206 y 207 de la misma Constitución, en cuanto el primero no permite percibir impuestos o contribuciones que no figuren en el presupuesto de rentas y el segundo impide hacer gastos públicos que no hayan sido autorizados por el Congreso, las asambleas o los concejos; y los artículos 22, 23 y 28 del Decreto-ley 2420 de 1968, orgánico del INDERENA, porque ninguno de ellos faculta al Instituto para establecer y cobrar impuestos.

Tramitado el juicio, el señor Fiscal 2º de la corporación, doctor Osvaldo Abello Noguera, luego de un amplio estudio de la materia controvertida, conceptuó que debía accederse a las súplicas de la demanda.

Dijo así el doctor Abello Noguera en los párrafos finales de su concepto:

"Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente debe decirse que el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables no tiene ninguna competencia para imponer contribuciones ni tampoco puede disponer de ellas porque no figuran en el presupuesto de rentas ni están incluidas en el de gastos. También debe decirse que lo ordenado por el Instituto mencionado es un impuesto porque como dice Francisco Nitti, "el impuesto es una cuota, parte de su riqueza, que los ciudadanos dan obligatoriamente al Estado" y, a su vez Eheberg lo define diciendo "que son prestaciones, hoy por lo regular en dinero, al Estado y demás entidades de derecho público, que las mismas reclaman, en virtud de su poder coactivo en forma y cuantía determinadas unilateralmente y sin contraprestación especial con el fin de satisfacer las necesidades colectivas". Lo que quiere decir que el impuesto es la cuota que se debe dar al Estado para que éste pueda sufragar los gastos que requiere para el sostenimiento de los servicios públicos, el desarrollo económico y el social de un país. Y en este caso enjuiciado, cree la Fiscalía, que se trata de un impuesto, ya que no puede ser "una contribución" porque esta es la compensación obligatoria a la entidad pública en razón de una obra que se ha verificado con objetivos de servicio general; y tampoco una tasa porque para que ella se configure es necesario que exista la retribución, ejemplo, el caso de los servicios telegráficos.

Por las anteriores consideraciones la Fiscalía conceptúa que debe accederse a las peticiones de la demanda".

Resumidos como quedan los antecedentes del asunto **sub judice**, conviene ahora transcribir la resolución acusada, para mayor claridad en el análisis que corresponde hacer a esta Sala como fundamento de su fallo.

"Resolución número 081 de 1969"
(febrero 17 de 1969)

"Que establece derechos por el otorgamiento de las concesiones, licencias o permisos de aprovechamiento forestal y salvoconductos de movilización correspondiente".

"El Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, en uso de sus atribuciones legales, y

Considerando:

"Que por Decreto 2420 de 1968 se creó el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, adscribiéndosele las funciones de reglamentar, administrar, conservar y fomentar el aprovechamiento y comercialización de los productos forestales".

"Que el artículo 28, literal e), del citado decreto faculta al Instituto para establecer derechos por las concesiones, licencias o permisos que en desarrollo de tales funciones otorgue".

"Que la honorable Junta Directiva del Instituto en reunión ordinaria realizada el 6 del mes en curso, autorizó a la Gerencia General para fijar el valor de tales derechos, su recaudo y modalidades de pago".

Resuelve:

"Artículo primero. A partir de la vigencia de esta resolución, establécese a favor del Instituto un derecho por las concesiones, permisos y licencias de aprovechamiento forestal que otorgue, ya sea en áreas públicas o de propiedad privada, en cuantía de cinco pesos ($ 5.00) M/L., por cada metro cúbico de madera en bruto que se autorice explotar".

"Artículo segundo. El valor del derecho que se establece por el artículo anterior, se pagará por los concesionarios y permisionarios de bosques públicos simultáneamente con el de la participación nacional y se liquidará a medida que se les vayan expidiendo los respectivos salvoconductos de movilización".

"Parágrafo. Cuando se trate de explotación en bosques de propiedad privada, el derecho se liquidará y pagará a medida que se expidan los respectivos salvoconductos de movilización".

"Artículo tercero. Las sumas que se perciban por concepto de los derechos que se establecen en esta resolución, ingresarán a la Tesorería del Instituto con destino al desarrollo de los programas de reforestación, conservación y vigilancia de los recursos forestales del país".

"Artículo cuarto. La presente resolución rige a partir del primero (1º) de enero del año en curso".

Un examen detenido de la resolución transcrita deja ver sin mayor esfuerzo que en ella se establece un impuesto para gravar específicamente la explotación de bosques, sean ellos de propiedad nacional o de particulares, desde luego que el pago de la suma allí prevista no está condicionado a que INDERENA le preste algún servicio al contribuyente sino que, al contrario, se causa por el simple hecho de cortar la madera y debe cubrirse en el momento en que se expida el salvoconducto para movilizarla.

No se trata pues en modo alguno de la fijación del monto de la participación nacional por el aprovechamiento de productos forestales a que alude el artículo 28, ordinal d), del Decreto-ley 2420 de 1968, ni tampoco del señalamiento de precio por la prestación de servicios técnicos, que también puede cobrar el INDERENA conforme al ordinal h) del mismo artículo, sino de la creación de un tributo bajo un nombre distinto, el de derecho.

En estas circunstancias, resulta indispensable esclarecer, a la luz de los preceptos constitucionales que cita el libelo, si la rama ejecutiva del poder público y concretamente sus organismos descentralizados, tienen potestad suficiente para establecer impuestos, aun en tiempo de paz.

Al respecto, en el título III de la Constitución, relativo a los derechos civiles y garantías sociales, está el artículo 43 que sienta el

principio de que en tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas y los concejos pueden establecer contribuciones. Y este principio aparece reforzado y complementado por los artículos 76, ordinal 14 y 210 de la misma Carta, que le atribuyen al Parlamento la facultad de decretar impuestos y de establecer el monto de las rentas nacionales.

Ante disposiciones tan perentorias e inequívocas, no puede remitirse a duda que el constituyente quiso consagrar como garantía básica para todos los habitantes del país que dentro del régimen jurídico ordinario, que es distinto del marcial o del de anormalidad económica o social regulados por los artículos 121 y 122 de la Carta y que son por su propia naturaleza transitorios, solamente el legislador tenga la potestad de establecer tributos, es decir, pagos que forzosamente han de hacer los particulares para atender a las cargas públicas y sin derecho a esperar una contraprestación concreta y cierta por parte del Estado.

Esta regulación constitucional en materia impositiva es inflexible y conduce a encontrar que en Colombia, dentro del régimen normal, solamente el Congreso es soberano para decretar contribuciones, ya que las asambleas y los concejos sólo pueden hacerlo dentro del marco de las autorizaciones legales, conforme lo enseñan los artículos 191 y 197, ordinal 2º de la Carta.

Queda así en claro que dentro del orden jurídico normal la rama ejecutiva del poder público carece de facultades impositivas. Y si ello se predica del Gobierno, más clara resulta aún esa tesis en tratándose de organismos descentralizados de la administración, como lo es el INDERENA, pues ellos en realidad ejercen atribuciones propias del ejecutivo por procedimientos más ágiles y técnicos que los ordinarios y no pueden tener, por ende, mayores o mejores facultades que el mismo Presidente de la República.

Carece pues por este aspecto de todo fundamento legal la resolución impugnada, ya que, de otra parte, la simple inclusión dentro del patrimonio del INDERENA del "valor de los derechos que se establezcan para las concesiones, licencias y permisos de aprovechamiento de recursos naturales renovables" a que alude el artículo 28, ordinal e) del Decreto 2420 de 1968, no autoriza en forma alguna al Instituto para fijar el monto de esos derechos y, menos aún, cuando en casos como el presente ellos equivalen jurídicamente a un impuesto.

Al prosperar este aspecto de la acusación, no resulta necesario analizar los otros que plantea la demanda con la misma finalidad de obtener que se anule el acto impugnado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 2º de la corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Es nula la Resolución número 81 de 1969, dictada por el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, INDERENA, y materia del presente juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 18 de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE REGULACION ECONOMICA

CONTROL DE PRECIOS.— Sanciones a fabricantes o distribuidores por dar al expendio mercancías sin previa fijación de precio público.—**Es de elemental necesidad jurídica que una norma preexistente y de carácter general, como una resolución de la Superintendencia de Regulación Económica por ejemplo, defina expresamente cuáles mercancías deben tenerse como de consumo popular o aptas para satisfacer necesidades primarias del público, para que proceda sancionar a los fabricantes o distribuidores de esas mercancías cuando las den al expendio por vez primera sin la previa licencia oficial o sin la previa fiiación de precio público, o sea con violación manifiesta de lo estatuido en el artículo 1º del Decreto 437 de 1966; y resulta claro que no hay lugar a aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia sin un previo mandato expreso y categórico que haya sido violado por un particular.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., octubre veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Juan Hernández Sáenz**).

La Superintendencia de Regulación Económica (hoy Superintendencia Nacional de Precios), mediante Resolución 359 de 1967, le impuso una multa de cien mil pesos a la firma Productora Tabacalera de Colombia S. A. "Protabaco", por considerar que había infringido el artículo 1º del Decreto 437 de 1966 cuando puso en el mercado por primera vez los cigarrillos marca "Nevado" sin la previa fijación de precio oficial para su venta al público.

Protabaco interpuso reposición y subsidiariamente apelación contra dicha providencia. Sostuvo que esa firma no vende sus productos al público sino a distribuidores y, por lo tanto, no le era aplicable el artículo 1º del Decreto 437 de 1966 y, menos aún, las sanciones que corresponden a su transgresión; y que los cigarrillos "Nevado" no son productos de primera necesidad ni de consumo popular, dadas sus características especiales de fabricación a base de tabaco mentolado.

La reposición fue decidida por el Director Ejecutivo de la Superintendencia en auto del 30 de agosto de 1967, que rebajó el valor de la

multa a la suma de cincuenta mil pesos. Y el Consejo Directivo de ese organismo, al conocer de la apelación, confirmó lo dispuesto en los proveídos ya mencionados por medio de la Resolución 106 de 1968.

Para mantener vigente la sanción aplicada a Protabaco, la Superintendencia argumentó que el artículo 1º del Decreto 437 de 1966 exige a todos los productores, fabricantes o distribuidores de mercancías de consumo popular o de primera necesidad obtener la fijación de precios de venta antes de darlos al expendio público, mandato que comprende a las empresas manufactureras de cigarrillos nacionales de tabaco negro, según esa entidad, porque ella siempre los ha considerado como bienes de consumo popular, es decir, solicitados por la generalidad de las gentes y no por una determinada clase social. Dijo también que aun dentro del régimen del Decreto 3092 de 1966, los cigarrillos de fabricación nacional tienen controlado su precio por la Superintendencia, ya que ese decreto le permite hacerlo con el de todos los bienes o mercancías que juzgue ella indispensable controlar y así lo ha dispuesto con los cigarrillos mediante varias resoluciones. Asevera, por último, que el simple aviso dado por Protabaco sobre su intención de llevar al mercado los cigarrillos "Nevado" no la exonera ante la Superintendencia de la sanción que le fue impuesta por el incumplimiento de lo estatuido en el Decreto 437 puesto que, en sentir de esta última, le era indispensable a la fábrica solicitar la fijación de precios del cigarrillo "Nevado" antes de ofrecerlo al público, para haberle dado cabal obediencia a ese decreto y evitar así la aplicación de la multa.

Como la Resolución 106 de 1968 dejó agotada la vía gubernativa, Protabaco acudió ante el Consejo de Estado para solicitarle que declarara nulos los proveídos a que atrás se hizo mención y que, además, para restablecerla en su derecho, ordenara la devolución del valor de la multa más sus intereses, calculados a la tasa legal desde el 17 de agosto de 1967 y hasta el día en que se le reintegrara ese valor.

Afirma la demanda que los actos impugnados violan lo dispuesto en los artículos 1º del Decreto 437 de 1966, 1º del Decreto 3092 del mismo año, 20 y 26 de la Constitución Nacional.

Lo primero, porque el Decreto 437 sólo exige la primera fijación de precios cuando se trate de dar al mercado productos de consumo popular o de primera necesidad y el cigarrillo "Nevado" no lo es, tal como lo reconoció la Superintendencia en la Resolución 106.

Lo segundo, porque el Decreto 3092 faculta a la Superintendencia para fijarles precios a las mercancías que considere necesario controlar, pero no de cualquier modo o a priori sino mediante resoluciones debidamente estudiadas, de lo cual deduce que sólo hay lugar a sanciones en esta hipótesis cuando se haya burlado el precio de antemano establecido en la resolución respectiva, cosa que no aconteció en el caso de Protabaco, pues la misma Superintendencia certifica que el cigarrillo "Nevado" no tiene el precio controlado por esa oficina.

Lo tercero, porque la Superintendencia está sancionando a Protabaco por el incumplimiento de una obligación que no le había sido impuesta previamente por ninguna norma positiva, con lo cual se contradice el artículo 20 de la Constitución que sólo hace responsables a los particulares por la infracción de la misma Carta o de las leyes.

Lo cuarto, porque si los cigarrillos "Nevado" eran producto de consumo popular, ha debido establecerlo la Superintendencia en forma inequívoca antes de sancionar a Protabaco por infracción del Decreto 437 y no lo hizo; y si quería multarla por violación del Decreto 3092, ha debido fijarle precio oficial a aquellos cigarrillos, mediante resolución, para examinar entonces si Protabaco los vendía o no a ese precio y sancionarla entonces si se configuraba la segunda de esas hipótesis. Como la Superintendencia tampoco hizo esto último, sino que procedió a multar directamente a la empresa, vino a violar, en concepto del actor, el artículo 26 de la Constitución, que sólo permite imponer penas con fundamento en normas preexistentes al acto que se impute.

Sostiene, por último, la demanda que el Decreto 437, invocado por la Superintendencia, quedó tácitamente derogado por el Decreto 3092 de 1966 que, en su sentir, regula íntegramente la materia. O sea que los actos acusados fallan también por su base, ya que aplicaron para sancionar a Protabaco una norma inexistente.

El doctor Joaquín Caro Escallón, Fiscal 1º del Consejo, rindió concepto adverso a la demanda, pues considera que los actos acusados se ajustan a derecho y para sostenerlo argumenta así:

La facultad de calificar una mercancía como de consumo popular o de primera necesidad corresponde a la Superintendencia y no a su fabricante o vendedor y no depende del precio que éstos le hayan fijado sino de la naturaleza misma del producto. Hay algunos de ellos que por principio se supone que son de consumo popular, como los cigarrillos nacionales que tienen una demanda generalizada, y es entonces deber del fabricante, conforme al artículo 1º del Decreto 437 de 1966, pedirle a la Superintendencia que les fije precio de venta antes de darlos al mercado y si no cumple con ese requisito, se hace merecedor de la sanción establecida para el efecto y debe serle aplicada por dicho organismo, como le aconteció a Protabaco. Y es sólo la Superintendencia quien puede resolver si controla o no el precio de una mercancía, conforme al Decreto 3092 de 1966, lo cual indica que ni al fabricante ni al distribuidor les es lícito vender por vez primera un producto que en principio haya de considerarse como de consumo popular sin la previa calificación de aquel organismo, bajo el supuesto errado de que su precio está libre de tal vigilancia oficial.

Opina, por último, el señor Fiscal que el Decreto 3092 no derogó implícitamente el Decreto 437, puesto que, en lugar de ser estatutos lantagónicos, son complementarios y regulan dos aspectos distintos del control de precios: el primero permite fiscalizar los productos ya existentes en el mercado y el segundo aquellos que se busque dar al expendio.

Les niega también cualquier mérito a favor de las pretensiones de Protabaco a los certificados expedidos por la Superintendencia y que fueron acompañados a la demanda (fls. 24 y 25).

Estos son, en síntesis, los antecedentes del asunto que ahora corresponde resolver a esta Sala, con fundamento en las siguientes

Consideraciones

El artículo 1º del Decreto 437 de 1966 obliga a los fabricantes, productores o distribuidores de mercancías de consumo popular o que sa-

tisfagan necesidades vitales de las gentes a solicitar de la Superintendencia Nacional de Precios la fijación de su precio de venta al público y de un permiso expreso antes de comenzar a darlos al expendio.

Naturalmente el cumplimiento de esa obligación legal no puede quedar sujeta al simple arbitrio de los productores y comerciantes, desde luego que entonces su inoperancia sería obvia muchas veces. Pero tampoco resultaría equitativo entender que la mencionada norma deja al criterio exclusivo, casuista y esotérico de la Superintendencia la calificación de un producto en concreto como de consumo popular o de primera necesidad y, menos aún, cuando esa calificación quiera hacerse en la misma providencia que sancione al fabricante o expendedor por haber quebrantado lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 437 y como fundamento evidente de la sanción impuesta.

Al contrario, la estructura misma de un Estado de derecho, como lo es el colombiano, exige que las normas reguladoras de la conducta de los particulares se les hagan conocer a éstos en forma real o presunta cuando menos, como requisito para su obligatoriedad, para que así ellos sepan en concreto cuáles son sus obligaciones y sus prerrogativas ante la ley.

Es entonces de elemental necesidad jurídica que una norma preexistente y de carácter general, como una resolución de la Superintendencia por ejemplo, defina expresamente cuáles mercancías deben tenerse como de consumo popular o aptas para satisfacer necesidades primarias del público, para que proceda sancionar a los fabricantes o distribuidores de esas mercancías cuando las den al expendio por vez primera sin la previa licencia oficial o sin la previa fijación de precio público, o sea con violación manifiesta de lo estatuido en el artículo 1º del Decreto 437 de 1966.

Este mismo requisito de la preexistencia de una norma rige también, y con mayor claridad todavía porque lo exige expresamente la ley, en la hipótesis de que la Superintendencia haya creído indispensable controlar el precio de productos que ya se encuentren en el mercado, sean o no sean de consumo popular, y de que algunos expendedores o fabricantes los vendan a un precio distinto del oficial y deban ser sancionados por esa infracción.

De modo pues que resulta absolutamente claro que en ninguno de los dos casos antes vistos hay lugar a la aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia sin un previo mandato expreso y categórico que haya sido violado por un particular. De otra suerte, se ocasiona quebranto grave y manifiesto a lo preceptuado en los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional, que consagran garantías fundamentales para todos los habitantes del país.

Si se analiza el asunto **sub judice** a la luz de los principios anteriores, brilla por su ausencia en el expediente cualquier acto de autoridad competente que hubiese declarado a los cigarrillos de fabricación nacional como producto de consumo popular o de primera necesidad o que hubiera sometido en concreto a los cigarrillos marca "Nevado" al control de la Superintendencia, para que ese acto pudiera servir como fundamento legítimo de la sanción impuesta a Protabaco.

Antes bien, la propia Superintendencia certifica que tal marca de cigarrillos no tiene precios fijados por esa entidad ni se ejerce control sobre ellos (fls. 24 a 26), lo cual echa por tierra en forma meridiana los fundamentos aducidos en las providencias impugnadas y hace aún más patentes las violaciones de normas jurídicas de superior categoría que les imputa la demanda.

Es imperioso entonces anular aquellos actos y disponer, en consecuencia, el reintegro del valor de la multa a Protabaco, sin que proceda el pago de intereses que impetra el libelo, por cuanto ello no se encuentra previsto en la ley para estos casos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal 1º de la corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Son nulos la Resolución 359 de 1967 y el auto del 30 de agosto de 1967, dictados por el Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica y la Resolución 106 de 1968, expedida por el Consejo Directivo de la misma oficina que fueron objeto del presente juicio.

2º Como consecuencia de la decisión anterior, ordénase a la Superintendencia Nacional de Precios (llamada antes Superintendencia de Regulación Económica) restituirle a la firma "Productora Tabacalera de Colombia S. A.," "Protabaco" la suma de cincuenta mil pesos, moneda corriente, ($ 50.000.00 M/C.), valor de la multa que le había sido impuesta mediante las providencias cuya nulidad se ha declarado.

3º No hay lugar al pago de los intereses impetrados en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 23 de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, con salvamento de voto; *Gustavo Salazar Tapiero.*

Angel M. Camacho Ramírez. Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro en el fallo que antecede.

El suscrito comparte íntegramente lo sustancial de la parte motiva del fallo anterior y lo principal de la resolutiva. Su discrepancia deriva de la decisión sobre intereses compensatorios o indemnizatorios. Es cierto que la ley no estatuye de modo expreso el pago de tales intereses pero es igualmente cierto que si alguien ha sido injustamente condenado por el Estado y tal injusticia se declara con fuerza de verdad legal debe seguirse el derecho para el ofendido de reclamar indemnización por los perjuicios causados como consecuencia del daño inferido, en tanto puedan probarse y cuantiarse.

Ciertamente la retención de suma cuantiosa como la de la multa ahora anulada debe originar indemnización por lo menos igual al lucro cesante habida cuenta de las condiciones imperantes en el mercado de capitales. Después de ese fallo el agraviado tiene abierta la vía de la acción correspondiente.

Octubre 23 de 1969.

Miguel Lleras Pizarro.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.— Sus funciones. Control previo en empresas industriales y comerciales del Estado.— **Las empresas de esta naturaleza no pueden estar sujetas al control "previo" y "perceptivo", en la forma señalada por la Resolución 00633 de 16 de enero de 1968, expedida por la Contraloría General de la República, como si se tratase de simples entidades administrativas o de establecimientos públicos limitados a la prestación de un determinado servicio. En esta forma lo que se hace es entrabar su funcionamiento, entorpecer su desarrollo y colocarlas en situación de inferioridad frente a sus competidoras para el manejo de sus actividades, con grave perjuicio no sólo para las mismas empresas sino para la economía nacional. Por eso mismo, se requiere un control y vigilancia "acorde con la índole de la empresa que garantice y haga fácil y expedito su funcionamiento", como lo manda el artículo 6º del Decreto 3211 de 1959.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Alfonso Meluk**).

(Ponencia aprobada por la Sala en sesión verificada el 21 de noviembre de 1969).

El doctor José Chalela Ch., en su carácter de apoderado de la **Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol)**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de la "Resolución número 00633 del 16 de enero de 1968, originaria de la Contraloría General de la República y "por la cual se reorganiza la Auditoría General ante la Empresa Colombiana de Petróleos"; y en subsidio, solicita que "se declare la nulidad de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 de la mencionada resolución".

Hechos

La demanda los consigna en los siguientes términos:

"1º Al vencimiento del término del contrato de concesión vigente entre la Nación y la Tropical Oil Company, se produjo el fenómeno de

la "Revisión" de los bienes que constituían la Concesión de Mares, en el municipio de Barrancabermeja (departamento de Santander) y que con los yacimientos, pozos en producción, muebles e inmuebles, dotaciones e instalaciones, formaban una unidad industrial en desarrollo y producción todo lo cual fue incorporado al patrimonio de la Nación quien lo recibió para continuar su aprovechamiento. 2º Con el fin de contar con un organismo técnico y especializado que pudiera asumir el manejo comercial e industrial de los bienes que revertían, la Ley 165 de 1948 facultó al Gobierno Nacional para crear una Empresa Colombiana de Petróleos con capital netamente oficial, si, como sucedió, no se lograba la formación de esa misma empresa como sociedad de capital mixto. 3º La Empresa Colombiana de Petróleos, así creada, fue organizada mediante unos estatutos que inicialmente aparecían en el Decreto 030 de 9 de enero de 1951, el cual fue sustituido por el Decreto 2039 de 1956 que posteriormente fue reemplazado parcialmente por el 3211 de 1959, dictado por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias que por tal razón, convierten dichos estatutos en normas especiales con fuerza de ley. 4º Tal como lo expresan las disposiciones legales citadas, que constituyen los estatutos, tuvo vida jurídica la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), la cual continuó funcionando como una empresa oficial, con personería jurídica propia y con autonomía administrativa y patrimonial. "pero —dice el Decreto 3211 de 1959— en su organización interna y en sus relaciones con terceros actuará como una sociedad de carácter comercial, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado" (artículo 1º Decreto extraordinario 3211 de 1959). 5º El objeto de esta norma y de las anteriores, era el de establecer un organismo, que siendo de propiedad del Estado tuviera todas las modalidades de sociedad comercial e industrial, es decir ánimo de lucro y poderío económico, para mantener y desarrollar la organización comercial e industrial instalada por la Tropical Oil Company en beneficio de sus intereses, de suerte que al terminar ésta su contrato, las operaciones de exploración, explotación, refinación, distribución de crudos y de productos no sufrieran ninguna interrupción por el cambio de propietarios o administradores, y que se prolongan ya no en beneficio de unos accionistas particulares sino en bien de toda la Nación colombiana. 6º La Empresa Colombiana de Petroleos (Ecopetrol) recibió por cesión que le hizo la Nación en virtud de un acto notarial, todas las instalaciones revertidas y en desarrollo, con toda su organización comercial en operación, y su funcionamiento continuó en poder de la empresa oficial, sin solución de continuidad, con todo el ordenamiento, administración, contabilidad, relaciones laborales, control y los sistemas de manejo adecuados a una empresa industrial petrolera recomendada por la técnica comercial más moderna, para garantizar como ha sucedido su engrandecimiento y poderío. 7º Dentro de las actividades de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), que comprenden toda la más amplia concepción comercial de compra y venta de crudos, de productos refinados, derivados de petróleos, de acciones y derechos en entidades similares; de asociación con capitales nacionales y extranjeros para iniciar y adelantar programas de exploración y explotación, está asimismo la de competir como cualquiera entidad comercial en los mercados nacionales y extranjeros del petróleo y sus derivados, lo que requiere una organización comercial, autónoma, ágil, libre de obstáculos artificiales, que le permita contar con un estatuto y una organización igual al de cualquiera de las compañías

petroleras que operan en el país y tal como lo disponen los Decretos 2039 de 1956 y 3211 de 1959 arriba citados. 8º Acorde con este orden eminentemente comercial e industrial, la Empresa está organizada, para el correcto desempeño de sus actividades en Distritos Operativos, así: Distrito de Producción en El Centro (Santander); de Refinería en Barrancabermeja (Santander); de Oleoductos y Administración Central (Bogotá). Estos Distritos se hallan debidamente coordinados y dirigidos por gerentes que dependen de la Presidencia General de la Empresa y corresponde al de Producción, las labores de exploración, perforación, explotación y producción de petróleos, suministrando el crudo para la Refinería; el de Refinería adquiere los Crudos que le suministra el de Producción y los de otras empresas, para su refinación y beneficio; tiene a su cargo el estudio, la compra y venta de crudos, refinados, productos y subproductos, distribución y venta a distribuidores para ser llevados al consumo y a los mercados y el suministro de materias primas para otras industrias; el de Oleoductos, se encarga del transporte de los productos de la Refinería y de otras Empresas, y el de Administración Central de la Empresa, que atiende la coordinación de los Distritos, planeación y operaciones nacionales e internacionales, desarrollo de política y gestión general de los negocios. 9º Como toda empresa, ésta tiene sus organismos de control y vigilancia de su gestión y por ser entidad oficial, esta actividad está asignada a la Contraloría General de la República, por mandato de la Constitución y por expresa disposición de la ley, consignada en el artículo 6º del Decreto 3211 de 1959 10. En cumplimiento de esta disposición expresamente contenida en la norma citada; la vigilancia fiscal de la Empresa, deberá ejercerse mediante reglamentos especiales dictados por la Contraloría General de la República, acordes con la índole de la Empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento; en consecuencia, dice el artículo 6º, citado: "el control se ejercerá en la forma acostumbrada y propia para las empresas de carácter comercial". 11. La Contraloría General de la República, no ha dictado el Reglamento Especial de que se hizo mención en el punto anterior y exigido por el Decreto 3211 de 1959; sino que al revés dictó la Resolución 00633 de 1968, que estoy acusando y que al disponer el control previo, perceptivo y posterior que reglamenta una resolución de la Contraloría, la número 1771 de 1957, que en copia acompaño, expidió un acto contrario y violatorio del artículo 6º ya mencionado, ya que no establece el ejercicio del control adecuado propio para una empresa de carácter comercial, sino para entidades oficiales. 12. El tipo de control previo y perceptivo tal como opera en las dependencias oficiales que efectúan gastos o que recaudan impuestos, tasas o contribuciones públicas, es diferente y contrario al control que se ejerce en sociedad comercial que no efectúa gastos, sino que hace inversiones y que no recauda impuestos, tasas o contribuciones, sino que percibe el "precio" de operaciones comerciales, como es el caso de la Empresa Colombiana de Petróleos; el control para las empresas comerciales, está enderezado a efectuar los exámenes de las operaciones como mira a defender y velar los intereses de los accionistas o propietarios a fin de que las actividades de la entidad comercial; tiendan hacia la mayor producción con el mínimo de costos. En la empresa oficial, el control previo tiene por objeto examinar si el gasto, está contemplado o no en el presupuesto y si existe una norma legal precedente que lo autorice; los efectos del control oficial generalmente tienden a garantizar que la operación fiscal se halle prevista siempre en

una norma legal preestablecida. En el campo privado el control vela porque las operaciones correspondan al objeto del negocio y sus actividades se ajusten a las normas de los estatutos y a las disposiciones de la Junta Directiva o de la Asamblea de Accionistas, como lo dice el artículo 137 del Decreto 2521 de 1950 sobre Sociedades Anónimas. 13. La resolución acusada viola el artículo 6º del Decreto 3211 de 1959, en forma flagrante y clara; además es contraria al artículo 7º de la Ley 151 de 1959 por cuanto como se ha dicho arriba no adopta sistemas apropiados a la naturaleza de la Empresa Colombiana de Petróleos". Como disposiciones violadas, señala el artículo 6º del Decreto 3211 de 1959, y Parágrafo del artículo 2º del mismo decreto; el artículo 7º de la Ley 151 de 1959, y el 26 del Decreto-ley 2039 de 1956.

El fundamento de la demanda lo expresa el señor apoderado así:

"De acuerdo con el artículo 60 de la Constitución Nacional, las funciones del Contralor General de la República serán determinadas por la ley. En armonía con este precepto en los artículos 6º del Decreto-ley 3211 de 1959 y 7º de la Ley 151 del mismo año, se señaló una función a ese despacho en el sentido de que debía dictar los "Reglamentos Especiales" para la vigilancia fiscal de la Empresa Colombiana de Petróleos. El Contralor General de la República se ha abstenido sistemáticamente hasta ahora de cumplir esos mandatos superiores y, de consiguiente, ha violado las tres normas citadas, por omisión, en primer lugar, y por acción en segundo término, mediante la resolución enjuiciada, pues en lugar de adoptar aquellos reglamentos o sistemas especiales apropiados, ha expedido el acto acusado cuyas normas, además de contrariar la autonomía de la Empresa, no consultan la índole de ésta ni la naturaleza de las actividades que desarrolla. Las disposiciones del acto impugnado son exactamente las mismas reglas generales de fiscalización que se aplican en todas las entidades y establecimientos públicos, como lo son los controles previos, perceptivo, y posterior, excepción hecha de aquellos para los cuales se han expedido estatutos especiales".

La Contraloría General de la República se hizo presente en el juicio para impugnar la demanda por medio de su apoderado doctor Guillermo Pinedo Ramos, quien actuó a lo largo del proceso, en su calidad de tal.

En su vista de fondo, el señor Fiscal Tercero de la corporación doctor Eduardo Aguilar Vélez expresó lo siguiente:

"Se ha establecido plenamente que la Empresa Colombiana de Petróleos es una entidad oficial que desarrolla esencialmente actividades comerciales y que persigue, como todas las de su género, fines de lucro. Así se desprende de las disposiciones legales que la crearon y así se desprende del Decreto 3130 de 1968. Legalmente se constató ello en la diligencia de inspección ocular practicada por el honorable Consejo de Estado. Dentro de sus actividades está la de competir en los mercados como cualquier entidad comercial, "lo que requiere organización que se caracterice por su agilidad y autonomía como cualquier otra sociedad petrolera del país". Es claro que debe tener organismos de control y vigilancia de su gestión. Como entidad oficial debe estar vigilada y controlada fiscalmente por la Contraloría General de

la República. De ello no queda la menor duda. El artículo 59 de la Constitución Nacional, es perentorio al afirmar que la vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República, y está fuera de duda que Ecopetrol, no obstante su organización como sociedad industrial y comercial, es parte integrante de la administración pública, pues sus fondos son públicos y su creación proviene de la ley. En otras palabras, está constituida como entidad oficial de conformidad con las definiciones que para esta clase de organismos traen los Decretos 1050 y 3130 de 1968. Es por lo mismo parte integrante de la administración pública. La Contraloría debe ejercer su función fiscalizadora de conformidad con la ley. Ahora bien, el Decreto extraordinario 3211 de 1959 en su artículo 6º ordenó a la Contraloría, para que pudiera cumplir su gestión fiscal en Ecopetrol, dictar reglamentos especiales, "acordes con la índole de la empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento". Por tanto, "el control se ejercerá en la forma acostumbrada y propia para las empresas de carácter comercial". Al mismo tiempo la Ley 151 del mismo año ordenó a la Contraloría adoptar sistemas apropiados a la naturaleza de los establecimientos, empresas e instituciones vigiladas por la misma entidad, acorde con el género de las actividades a ellos encomendadas. Tales sistemas deben respetar la autonomía administrativa de los mismos establecimientos, empresas e instituciones. La Contraloría dictó el reglamento especial contenido en la providencia acusada. Para la Fiscalía es evidente que este acto constituye el reglamento a que se refieren las normas invocadas como violadas. Pero, se pregunta la Fiscalía, el reglamento dictado por la Contraloría estará acorde "con la índole de la empresa", garantizará y hará facil y expedito su funcionamiento? He ahí el problema que debe ser resuelto. En la diligencia de inspección ocular fueron señaladas por el señor Gerente del Distrito de Producción algunas dificultades para la venta de "elementos sobrantes, para la transferencia de bienes de una u otra dependencia dentro del mismo distrito, para los recibos de materiales, para los negocios de refinería, para las compras superiores a $ 5.000.00, para el pago de vacaciones al personal de trabajadores que tienen derecho a disfrutar de ellas, y para las garantías o seguros que precisan recibir de los contratistas que contraten por más de $ 5.000.00". Para respaldar sus afirmaciones se mostraron algunos documentos, los cuales fueron agregados al expediente, bien originales, bien en copias fotostáticas. Con estos elementos se puede afirmar que ciertamente el control previo que ejerce la Contraloría General de la República no garantiza ni hace fácil el funcionamiento de Ecopetrol; o dicho en otras palabras, no le permite operar como una empresa de carácter comercial si este control previo se ejerciera tal como se propone en el proyecto que obra a fls. 174, es indudable que sería provechoso y beneficioso para la empresa; pero ejercido tal como se define en la Resolución número 1771 que parece se está aplicando a la empresa petrolera, resulta que con él se impide cierta agilidad en el funcionamiento de la misma. Desde luego que el actual Auditor General de Ecopetrol, según lo explicó en la diligencia de inspección ocular, ha tratado de abolir el rigorismo. Pero en ello no radica el problema. De otro lado las funciones de asesoría que se prevén en el aparte C) del artículo 11 de la resolución enjuiciada, son ajenas a las funciones de la Contraloría y violan el artículo 59 de la Constitución Nacional, en su parágrafo 2º. En cuanto al control perceptivo y posterior, tal como se define en la Resolución

1771 de 1957, no se demostró que con ellos se dificultara el funcionamiento de la empresa. Por lo anterior la Fiscalía conceptúa que debe declararse la nulidad de la resolución acusada en aquellos artículos que autorizan el ejercicio de control previo por parte de la Auditoría General de la Empresa Ecopetrol y de las auditorías locales sobre los distintos distritos. Igualmente debe declararse la nulidad del artículo 11 de la misma resolución, en su aparte C), que dice relación a la asesoría de la misma Auditoría General sobre la Empresa".

La Sala considera

Inconstitucionalidad de los artículos 7º de la Ley 151 de 1959 y 6º del Decreto extraordinario número 3211 de 1959.

El señor apoderado de la Contraloría General de la República doctor Guillermo Pinedo Ramos plantea en su escrito de fecha 10 de febrero de 1959 —fl. 161—, la inconstitucionalidad de los artículos 7º de la Ley 151 de 1959 y el 6º del Decreto 3211 del mismo año, que son precisamente las normas que el demandante considera violadas por la Resolución número 00633 de 16 de enero de 1968 de la Contraloría General de la República, siendo por tanto necesario definir la excepción en referencia, antes de entrar en el fondo del negocio.

Dice el citado apoderado para sustentar su tesis:

"Intentaré demostrar aquí, que por inconstitucionales, la Contraloría al dictar la Resolución número 00633 de 16 de enero de 1968 no tenía por qué sujetarse y dar aplicación a lo establecido por los artículos 7º de la Ley 151 de 1959 y 6º del Decreto 3211 del mismo año, que establecen en cuanto al ejercicio de su vigilancia de la gestión fiscal respectiva, un acomodamiento a "la naturaleza" del organismo u organismos auditados según el "género de las actividades a ellos encomendadas", con respecto a la "autonomía administrativa" de los mismos (artículo 7º en cita de la ley), a fin de que se "garanticen y haga fácil y expedito su funcionamiento" (artículo 6º del decreto). Y ello, por lo siguiente: Porque el artículo 59 de la Carta, confirió y depositó en la Contraloría General de la República, como misión **propia** y **exclusiva** de la misma, "la vigilancia de la gestión fiscal de la administración". Retenido lo anterior, y aun cuando el artículo 60 **ibídem**, estableció en general, que "las funciones del Contralor" serían "determinadas por la ley", de admitirse es por lo mismo, que cualquier determinación que esta ley asumiere en el sentido de recortar, restringir, embarazar o entorpecer en alguna forma la libre e incondicionada facultad de "vigilancia" sobre la "gestión fiscal" a que alude el referido artículo 59, es algo de suyo y necesariamente inconstitucional, simple y sencillamente por el hecho mismo de implicar o representar tal recorte, restricción u obstáculo a dicha facultad una mengua o siquiera dificultad en su ejercicio. Consecuencia lógica e irrebatible de lo anterior es la de que, significando como significó en la práctica para la Contraloría el ajuste o acomodamiento de su "vigilancia" a la "naturaleza" o "índole" de la Empresa u organismo a auditarse un recorte o mengua en lo que concierne a su aludida facultad de "vigilancia", cosa que en ese plano realizan los dos artículos, el 7º de la Ley 151 y el 6º del decreto mencionado, tales disposiciones resultaron inconstitucionales y, por ende, ni obligaba a la Contraloría, ni tenía ésta,

como entidad superior de la administración, por qué darles aplicación. Al contrario, como inconstitucionales, han sido para ésta ordenamientos absolutamente inaplicables. Bien está, que en conformidad con las mencionadas normas de la Carta, prescriba la ley la forma como debía operar la amplia, propia y exclusiva facultad de "vigilancia" que las mismas (especialmente el artículo 59) adscribió a la Contraloría. Pero esto tan solo basta hasta aquel límite o momento en que dicha prescripción no hiciera nugatoria o siquiera disminuyera en los más mínimo, la respectiva facultad de "vigilancia" que incondicionalmente se le confería, pues donde tal momento y automáticamente por opuestas, o en choque con la referida facultad, entraron al terreno de lo inconstitucional las leyes respectivas. Visto esto de manera más directa y objetiva, la situación planteada es la siguiente: El artículo 59 de la Constitución sentó en su primer inciso: "La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República". Como es de verse, se otorga y confía aquí de manera exclusiva y absoluta a la Contraloría General de la República, la función que ha dado a ésta su propia razón de ser: el ejercicio de dicha "vigilancia", es, pues, una facultad que amplia y privativamente le compete y que, por lo mismo, en ella se agota. Por esto, cuando el inciso primero del artículo 60 de la misma Constitución, estableció que las "funciones del Contralor General" serían determinadas por la ley", ningún paso podía serle dado tomar a esta ley, que no se ajustara exactamente en naturaleza y amplitud, a la facultad consagrada en el artículo 59; ese paso lo dieron justamente el artículo 7º de la Ley 151 de 1959 y el 6º del Decreto 3211 del mismo año que nos vienen ocupando: uno y otro, al establecer modalidades especiales a la "vigilancia" de la Contraloría en cuanto a determinada clase de organismos o empresas, recortaron real y ostensiblemente la amplia y absoluta facultad original del mencionado artículo 59. Si, cuando se dictó por la Contraloría su acusada Resolución 00633 de 1968, aquellos artículos de la ley y el decreto en referencia, eran ya inconstitucionales, como lo son en efecto, mal puede alegarse ahora **violación manifiesta** de los mismos, es decir, de algo que de suyo y desde su propia ocurrencia fue ya evidente violación de la Constitución. Y no está por demás aclarar aquí, por lo que concierne al artículo 59 de dicha Constitución, que en la expresión "gestión fiscal de la administración" que emplea, hay que considerar comprendidas también, además de los establecimientos públicos, las empresas descentralizadas, pues, "cualquiera que sea la forma de administración que adopten" unos y otros, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 151 de 1959, "son parte de la administración pública" y "sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público".

Dispone el artículo 59 de la Constitución Nacional:

"La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República".

"La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización".

Y el artículo 60 dice: "las funciones del Contralor General serán determinadas por la ley".

El artículo 7º de la Ley 151 de 1959 expresó:

"Para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal a que se refiere la presente ley, la Contraloría General de la República adoptará sistemas apropiados a la naturaleza de los establecimientos, empresas o instituciones de que se trata, acordes con el género de las actividades a ella encomendadas. Tales sistemas respetarán la autonomía administrativa de los establecimientos, empresas o instituciones referidas.

"Parágrafo. Las partes interesadas podrán recurrir en juicio ante el Consejo de Estado en ejercicio del recurso contencioso administrativo, en la misma forma y términos en que son actuables las providencias de los Ministros del Despacho Ejecutivo cuando consideran que la adopción de los sistemas prescritos para lograr la vigilancia y control efectivo por parte de la Contraloría, lesionan facultades reconocidas por la ley a favor de los mismos".

Y el Decreto 3211 de 1959 "por el cual se dictan normas reorgánicas de la Empresa Colombiana de Petróleos", dictado "en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 19 de 1958, dispone en su artículo 6º:

"Corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia fiscal de la Empresa, la que se cumplirá mediante reglamentos especiales, dictados por la Contraloría, acordes con la índole de la Empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento. En consecuencia, el control se ejercerá en la forma acostumbrada y propia para las empresas de carácter comercial...".

Teniendo en cuenta la transcripción anterior, la Sala no encuentra la pretendida inconstitucionalidad alegada por el señor apoderado de la Contraloría, porque habiendo dispuesto el artículo 60 de la Carta, que "las funciones del Contralor General serán determinadas por la ley", lo que hicieron tanto la Ley 151 de 1959, en su artículo 7º, como el Decreto legislativo 3211 del mismo año en su artículo 6º, fue precisamente dar cumplimiento a lo preceptuado por la norma constitucional aludida, indicando que para la vigilancia de la gestión fiscal de los establecimientos descentralizados, a que se refiere la ley en cita, la Contraloría debe adoptar sistemas apropiados a su naturaleza, al género de actividades a ella encomendadas, con lo cual no hizo otra cosa que adecuar tal vigilancia a las modalidades específicas de cada instituto, de acuerdo con su organización, finalidad y funcionamiento, para una mejor eficacia en su control y sin crearle dificultades en el desarrollo de sus actividades, lo cual no puede considerarse como un recorte a la gestión fiscal de la Contraloría, como lo sostiene el señor apoderado, sino por el contrario, facilitarle el ejercicio de la función que la Carta le ha encomendado.

Lo mismo puede decirse en cuanto se refiere al artículo 6º del Decreto legislativo 3211 de 1959, al exigir reglamentos especiales que debe dictar la Contraloría, "acordes con la índole de la Empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento", con lo cual se tuvo en cuenta las particulares condiciones de una empresa como Ecopetrol, de peculiares características industriales y comerciales, enfrentada a competir no sólo con las demás empresas de su género

dentro del país, sino en el mercado internacional, y con una serie de actividades que requieren, por ese mismo, una reglamentación especial para su vigilancia y control. De manera que el artículo 6º del decreto aludido, lejos de entorpecer y recortar la atribución constitucional del organismo fiscalizador, le señaló pautas para su mejor cumplimiento, adaptándolas a una empresa de la índole de Ecopetrol. Además, la Contraloría no puede ejercer, por virtud del mandato constitucional, ni facultades implícitas, ni funciones discrecionales.

De lo dicho se desprende que la Sala no encuentra la inconstitucionalidad alegada, porque las normas acusadas no hicieron otra cosa que determinar las funciones de la Contraloría en relación con tales establecimientos descentralizados, de conformidad con el ordenamiento constitucional.

Rechazada, pues, la excepción de incompatibilidad de las normas referidas, la Sala entra a considerar la cuestión de fondo en el caso enjuiciado.

Organización de la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL)

Fue la Ley 165 de 1948 la que autorizó al Gobierno "para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación de la Nación y del capital privado nacional y extranjero"; que en caso de no obtenerse la cooperación del capital extranjero, podría constituirse con el aporte de la Nación y del capital privado colombiano; y de no constituirse como de economía mixta, organizarla como empresa netamente oficial.

De conformidad con tal autorización, se expidió el Decreto 0030 de 1951, que dispuso:

"Artículo 1º Créase la Empresa Colombiana de Petróleos como organismo autónomo con personería jurídica que se regirá por las disposiciones pertinentes establecidas en la Ley 165 de 1948 y por los estatutos constitutivos que reglamentarán su funcionamiento.

"Artículo 2º La Empresa Colombiana de Petróleos tendrá a su cargo la explotación, administración y manejo de los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abasto y, en general, de todos los bienes muebles e inmuebles que reviertan el Estado de acuerdo con las leyes o contratos vigentes sobre petróleos y de aquellos que adquiera en desarrollo de las autorizaciones contenidas en el presente decreto; además podrá dedicarse a la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución y exportación de petróleos y derivados del petróleo, pudiendo para ello realizar las operaciones comerciales o industriales que se consideren necesarias o convenientes para el desarrollo y la buena marcha de las actividades a su cargo...".

Luego, se expidió el Decreto 2039 de 1956, "por el cual se reorganiza la Empresa Colombiana de Petróleos y se dictan estatutos para su funcionamiento", en cuyo artículo 1º se dice que "continuará funcionando como entidad oficial autónoma en el manejo de los bienes a ella confiados"; en el artículo 2º, que "la entidad se denominará 'Empresa Colombiana de Petróleos', su sigla será 'ECOPETROL', y con

ésta podrá señalar sus productos y marcar todos los bienes de su propiedad", reglamentando en el resto del articulado, todo lo referente a objeto, capital, dirección, administración, representación, duración, reforma de estatutos, etc.

El Decreto número 3211 de 1959 "por el cual se dictan normas reorgánicas de la Empresa Colombiana de Petróleos", en cuyos considerandos se dice:

"... 2º Que dadas las peculiaridades del servicio público a cargo de la citada Empresa y de modo especial sus relaciones comerciales con personas nacionales o extranjeras, ésta **requiere una organización adecuada a tales condiciones, que le permita atender a una regular, oportuna y eficaz prestación de dicho servicio.**

"3º **Que tal organización de carácter industrial** y comercial puede cumplirse sin perjuicio de los intereses económicos del Estado, y antes bien con evidente beneficio de los mismos...".

Y dispone en su artículo 1º:

"La Empresa Colombiana de Petróleos 'Ecopetrol', continuará funcionando como una empresa oficial con personería jurídica propia y con autonomía administrativa y patrimonial. **Pero en su organización interna y en sus relaciones con terceros actuará como una sociedad de carácter comercial**, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado".

En el artículo 2º se dice que tendrá, entre otros, por objeto:

"... c) **Ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas y celebrar toda clase de negocios en conexión con tales actividades.**

"Parágrafo. Para el cumplimiento de los fines previstos en este artículo, la Empresa podrá realizar todos los actos, operaciones y contratos que convengan a tales fines...".

Y en su artículo 6º se dispone:

"Corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia fiscal de la Empresa, **la cual se cumplirá mediante reglamentos especiales, dictados por la Contraloría, acordes con la índole de la Empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento. En consecuencia, el control se ejercerá en la forma acostumbrada y propia para las empresas de carácter comercial**". (Todos los subrayados son de la Sala).

Ahora bien, la Contraloría General de la República expidió la "Resolución reglamentaria número 1771 de 1957 (agosto 13)" "por la cual se prescribe el Reglamento Fiscal Piloto para las Auditorías de Establecimientos Públicos Dependientes de la Contraloría General", en cuyo artículo 2º se dispone:

"Corresponde a las Auditorías Fiscales ante los Establecimientos Públicos a que se refiere el artículo anterior, ejercer las funciones inheren-

tes a los controles "Previo", "Perceptivo" y "Posterior", conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento, a saber:

a) El control previo o sea el que corresponde ejercer antes de que los fondos o elementos se egresen o inviertan a los fines destinados, requiere por parte de las Auditorías la siguiente intervención y exigencia de formalidades:

1. Análisis del aspecto numérico legal del egreso.

2. Autorización debida para efectuarlo.

3. Existencia de fondos para cubrirlo.

4. Legalización correcta de los respectivos comprobantes.

5. Los demás requisitos indispensables para garantizar una correcta inversión.

"b) El control perceptivo se ejercerá sobre los fondos, bienes y elementos que custodien los empleados de manejo, evitando se les dé finalidad diferente a la que están destinados.

En su desarrollo se practicará:

1. Arqueos diarios de fondos en las Secciones de Pagaduría, Caja, Tesorería o aquellos que reposen en poder de algún empleado.

2. Verificación de los Boletines o Estados Diarios de Caja y de los asientos en los libros de primera entrada.

3. Visitas sorpresivas a los Almacenes o Depósitos para efectuar confrontaciones entre el inventario físico y los registros, por el sistema selectivo.

4. Intervención directa en el control de los ingresos y egresos en general.

5. Inspecciones fiscales en su debida oportunidad y cuando se consideren necesarias.

"c) El control posterior se ejerce sobre hechos cumplidos, revisando en la etapa del examen de cuentas y balances los comprobantes de ingresos y egresos, así:

1. Establecer si los recaudos se efectuaron debidamente.

2. Si los egresos se sujetaron a las respectivas autorizaciones de los Directivos, Gerencia, Dirección o Administración.

3. Si las obras o servicios se ejecutaron dentro de las condiciones contractuales.

4. Si los documentos que respaldan el egreso están debidamente legalizados".

Con fecha 16 de enero de 1968, expidió la Contraloría la Resolución número 00633, "por la cual se reorganiza la Auditoría General ante la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL", en que se dispone:

"...Artículo 5º La Auditoría General ejercerá los controles, previo, perceptivo y posterior en los Distritos de Bogotá y Oleoductos.

"Las Auditorías Locales de los Distritos de Producción y Refinería ejercerán los controles previo y perceptivo. El control posterior de todos los Distritos lo ejercerá la Auditoría General, en consecuencia los cuentadantes rendirán mensualmente sus cuentas a la Auditoría General para el respectivo examen.

"Artículo 6º Adscríbese a la Auditoría de Establecimientos Públicos de Bucaramanga, los controles previo y perceptivo de la Agencia de Compras de Ecopetrol en Bucaramanga. El control posterior lo ejercerá la Auditoría General ante la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" en Bogotá.

"Artículo 7º Autorízase al Auditor General para comisionar por escrito y sin lugar a viáticos, a las Auditorías Seccionales o Locales, dependientes o no de su línea de Auditoría, en forma accidental o temporal, para realizar el control de fondos, bienes, adquisiciones y demás operaciones concernientes a la gestión fiscal.

"Artículo 8º Facúltese al Auditor General para comisionar, mediante resolución que deberá comunicarse a la Jefatura de la División de Auditorías de Establecimientos Públicos, a los funcionarios bajo su dirección, por el término que considere prudencial para realizar comisiones relacionadas con el desarrollo de la gestión fiscal.

"Artículo 9º Autorízase al Auditor General para delegar en el Sub-Auditor la firma de los cheques cuando las necesidades del servicio lo requieran.

"Artículo 10. Autorízase al Auditor General para dictar, mediante resolución interna, el manual de funciones de la Auditoría de su línea.

"Artículo 11. Son funciones de la Auditoría General ante la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol":

A. De programación.

1. Programar para su línea las labores propias de Auditoría de acuerdo con las instrucciones que la División de Auditorías de Establecimientos Públicos le imparta.

2. Programar la técnica administrativa para dirigir el cumplimiento de la función de Auditoría;...

C. De asesoría.

...2. Asesorar a la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" en la adopción de programas contables y financieros, a fin de coordinar su implantación con la función de auditaje;...

F. De revisoría.

...2. Ejercer el control previo, perceptivo y posterior de la ejecución presupuestal;...

13. Revisar y controlar la distribución de los productos en crudo y refinados;...".

De todo lo anteriormente transcrito, la Sala saca las siguientes conclusiones:

a) En la Resolución número 00633 de 16 de enero de 1968, acusada en esta demanda, la Contraloría General de la República no hizo otra cosa que aplicar a la Empresa Colombiana de Petróleos la misma reglamentación expedida para los demás Establecimientos Públicos en la Resolución número 1771 de 1957 "por la cual se prescribe el Reglamento Fiscal Piloto para las Auditorías de Establecimientos Públicos Dependientes de la Contraloría General", con lo cual violó el artículo 7º de la Ley 151 de 1959, que ordena a dicha entidad adoptar "sistemas apropiados a la naturaleza de los establecimientos o empresas o instituciones, acordes con el género de actividades a ella encomendados", así como el artículo del Decreto número 3211 del mismo año, que manda a la Contraloría dictar "reglamentos especiales, acordes con la índole de la Empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento", "en la forma acostumbrada y propia para las empresas de carácter comercial".

La mejor prueba de que la Contraloría no dio cumplimiento a las ordenaciones contenidas en las normas mencionadas, está en que el mismo apoderado de dicha entidad así lo reconoce, cuando paladinamente dice en su escrito de 10 de febrero de 1969, que puede leerse al folio 162:

"Consecuencia lógica e irrebatible de lo anterior es la de que, significando como significó en la práctica para la Contraloría el ajuste o acomodamiento de su "vigilancia" a la "naturaleza" o "índole" de la empresa u organismo a auditarse un recorte o mengua en lo que concierne a su aludida facultad de "vigilancia", cosa que en ese plano realizan los dos artículos, el 7º de la Ley 151 y el 6º del decreto mencionados, tales disposiciones resultaron inconstitucionales y, por ende, **ni obligaban a la Contraloría, ni tenía ésta, como entidad superior de la administración, por qué darles aplicación. Al contrario, como inconstitucionales, han sido para ésta ordenamientos absolutamente inaplicables**" (subraya la Sala).

Y lo confirma el hecho de que aplicó, en la providencia acusada, el mismo control "previo", "perceptivo" y "posterior" de los demás establecimientos descentralizados, y de las entidades administrativas en general, sin tener en cuenta la índole de la Empresa Colombiana de Petróleos (Art. 5º).

b) La providencia acusada violó, además, el artículo 159 de la Constitución Nacional, en cuanto ordena que la Contraloría "no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización", como lo sostiene la vista fiscal. Así, se observa que en el artículo 11 de la resolución acusada sobre funciones

de la Auditoría General, se dispone: "Asesorar a la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" en la adopción de programas contables y financieros, a fin de coordinar su implantación con la función de auditaje", lo que viene a constituir una facultad completamente ajena a la señalada a la Contraloría por las normas constitucionales, cuya violación resulta manifiesta también por este aspecto y como antes se dijo, no le está permitido a la Contraloría el ejercicio de funciones discrecionales, sino sujetarse a las que le señala la Carta fundamental;

c) Al establecer los controles "previo, perceptivo y posterior", la Contraloría no tuvo en cuenta la índole de la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" que, como lo dice el artículo 11 del Decreto 3211 de 1959, en su organización interna y en sus relaciones con terceros actuará como una sociedad de carácter comercial", ni el mandato del artículo 6º ibídem que le ordena a dicha entidad expedir "reglamentos especiales, acordes con la índole de la Empresa y que garanticen y hagan fácil y expedito su funcionamiento", y que "el control se ejercerá en la forma acostumbrada y propia para las empresas de carácter comercial".

El carácter industrial y comercial de la Empresa Colombiana de Petróleos lo reconoció la Sección Primera del Consejo de Estado, en la diligencia de inspección ocular practicada el 17 de junio de 1969, cuando dijo en el acta levantada al efecto:

"El personal de la diligencia en vista de las observaciones hechas, de las visitas practicadas a las diferentes dependencias, de las informaciones recibidas tanto de los señores gerentes como de los funcionarios de la Empresa ha podido establecer que la Empresa Colombiana de Petróleos **es una entidad industrial y comercial** que persigue, como toda sociedad de esta índole, fines de lucro esencialmente" (fl. 214) (subraya la Sala).

d) Establecido como está que la Empresa Colombiana de Petróleos es un organismo técnico de carácter comercial e industrial, no sólo por mandato legal sino por su organización y funcionamiento, como se desprende de todo lo anteriormente expuesto: enfrentada a la competencia de las demás empresas similares del país, así como al juego del mercado internacional del petróleo: a lo cual se agrega el complejo industrial a que ha extendido sus actividades, como las plantas de parafina, de gas propano, de refinería, de alquilación, de ácido sulfúrico, de polietileno, servicio de oleoductos, compra y venta de petróleo crudo, exploración, explotación, transformación y distribución de dicho producto, etc., resulta incuestionable que todo ello hace imprescindible una reglamentación especial para su control y vigilancia por parte de la Contraloría, adecuada a su índole de carácter industrial y comercial, como lo dispone el artículo 7º de la Ley 151 de 1959 y el 6º del Decreto 3211 del mismo año, acorde con las actividades que desarrolla y que hagan expedito y fácil su funcionamiento.

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

lo que se hace es entrabar su funcionamiento, entorpecer su desarrollo, que la coloca en situación de inferioridad frente a sus competidoras para el manejo de sus actividades, con grave perjuicio no sólo para la misma empresa, sino para la economía nacional, puesto que alrededor de dichas entidades gira toda la política petrolera del Gobierno y el futuro del país en relación con tan importante industria. Por eso mismo, requiere un control y vigilancia "acorde con la índole de la empresa que garantice y haga fácil y expedito su funcionamiento", como lo manda el artículo 6º del Decreto 3211 de 1959, que fue violado por la resolución acusada, al no darle cumplimiento la Contraloría a lo preceptuado por dicha norma, en la forma referida.

Así lo reconoció el mismo Jefe de Grupo de la Auditoría, con sede en la Empresa Colombiana de Petróleos, cuando en oficio número 0514 de 5 de diciembre de 1968, manifiesta a la Empresa que "**prontamente saldrá el estatuto especial de orden fiscal que lógicamente necesita la Empresa Colombiana de Petróleos, para facilitarle con más agilidad su compleja administración**" (fotocopia 234-256). Tal comunicación fue dirigida casi un año después de expedirse la providencia acusada en esta demanda, lo cual demuestra la necesidad de la reglamentación especial que ordena la ley, y que la Contraloría no ha expedido en la forma preceptuada por las normas atrás mencionadas.

Además, a folios 168 a 172, se encuentra una constancia de la Junta de Directores de la Empresa Colombiana de Petróleos, de 31 de enero de 1963, sobre la conveniencia de dictar un reglamento especial por parte de la Contraloría, así como un oficio del doctor Mario Galán Gómez, Gerente de la Empresa, fechado el 9 de julio de 1968, dirigido al señor Contralor General de la República, sobre la necesidad de un Estatuto de Control dentro de las previsiones de la Ley 151 de 1959, documentos que relievan el interés de la Empresa en relación con el problema planteado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de los siguientes artículos de la Resolución número 00633 de 16 de enero de 1968, expedida por la Contraloría General de la República "por la cual se reorganiza la Auditoría General ante la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol", así:

a) El artículo quinto (5º), en su primer inciso, pero sólo en cuanto por él se dispone que la Auditoría General ante Ecopetrol ejercerá los controles previo y perceptivo "en los Distritos de Bogotá y Oleoductos" de la misma Empresa;

b) El artículo quinto (5º), en su segundo inciso, pero sólo en cuanto por él se dispone que, "Las Auditorías Legales de los Distritos de Producción y Refinería ejercerán los controles previo y perceptivo";

c) El artículo sexto (6º), en cuanto dispone: Adscríbase a la Auditoría de Establecimientos Públicos de Bucaramanga, los controles pre-

vio y perceptivo de la Agencia de Compras de Ecopetrol en Bucaramanga";

d) Los artículos séptimo (7º), octavo (8º), noveno (9º), décimo (10) y once (11), en su totalidad; y,

e) El artículo doce (12), pero sólo en cuanto por éste se dispone que los artículos cuya nulidad se declara en los puntos anteriores de este fallo regirán a partir de la fecha de expedición de la resolución que se invalida parcialmente.

Segundo. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Comuníquese la presente sentencia en la forma ordenada por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente en su oportunidad.

Alfonso Arango Henao, Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

EMPRESA COLOMBIANA DE TURISMO

BANCO DE LA REPUBLICA.— Banco Central Hipotecario. Su naturaleza.— **El Banco de la República era una sociedad de economía mixta y el principal accionista del Banco Central Hipotecario. Autorizada la venta de las acciones de la Nación por el Decreto 2057 de 1951, quedó transformado en una persona jurídica sometida a las reglas del derecho privado e igual cosa sucedió con el Banco Central Hipotecario. El simple contrato de emisión no comporta que el Banco de la República haga parte de la administración pública pues este servicio público bien puede ser prestado como sucede en otros casos por entidades privadas.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., noviembre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Nemesio Camacho Rodríguez**).

Ref.: Radic. número 1300. Nulidad de los actos administrativos contenidos en las comunicaciones 002417 de agosto 2 de 1967, 003459 de septiembre 19 y 003896 de octubre 23 de 1967 de la Empresa Colombiana de Turismo S. A. Autoridades nacionales. Actor: Jorge Mutis Escobar.

El 29 de noviembre de 1967 por medio de apoderado, el doctor Jorge Mutis Escobar solicitó del Consejo de Estado la nulidad de los actos administrativos emanados de la Empresa Colombiana de Turismo S. A. y que constan en las comunicaciones números 002417, 003459 y 003896 de agosto 2, septiembre 19 y octubre 23 de 1967, por medio de las cuales en su orden, el Gerente de la entidad citada, niega la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación impetrada por el actor, y en el mismo sentido se resuelven los recursos de reposición y subsidiario de apelación propuestos contra la primera de ellas. Solicita que en la misma providencia se ordene el restablecimiento del derecho en el sentido de que se le reconozca y ordene pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho desde el 29 de agosto de 1966 en cuantía de tres mil seiscientos cincuenta y seis pesos con 25/100 m. l. ($ 3.656.25), pensión que debe ser pagada por la Empresa Colombiana de Turismo S. A., con domicilio en la ciudad de Bogotá.

En un capítulo de su demanda, el actor explica el concepto de violación de las normas que cita en el libelo.

Acompañó copia auténtica de las tres comunicaciones de que se ha hecho mérito; un certificado expedido por el Secretario de la Empresa Colombiana de Turismo S. A., por el tiempo de servicios, salario devengado por él mismo durante el último año y certificado de prima recibida también durante el último año; certificado del Abogado Secretario de la Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República, sobre el tiempo servido en dicha entidad; certificado del Jefe de Personal de la Compañía Central de Construcciones, filial del Banco Central Hipotecario; certificado del Jefe de Estadística, Registro y Archivo, de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por los servicios prestados a dicha institución; partida de nacimiento del peticionario; Resolución número 01329 de 29 de agosto de 1966 emanada de la Contraloría General de la República, por la cual se le declara insubsistente en el cargo que ocupaba y notas del mismo despacho números 7533 y N. L. 2180 en la cual se le ordena hacer entrega de la Revisoría Fiscal de la Empresa Colombiana de Turismo S. A., al señor Jorge Humberto Avila Salazar, y constancia de dicho señor según la cual el 29 de agosto de 1966 le recibió al demandante el cargo que desempeñaba como Revisor de la Empresa Colombiana de Turismo S. A., junto con los archivos y demás elementos de la oficina.

Además, durante el término probatorio el interesado acreditó que no figura inscrito como pensionado por cuenta de la Nación y que no hay constancia de que haya recibido pensión o recompensa del Tesoro Nacional por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En el Consejo, el juicio siguió su trámite normal hasta llegar al concepto de la Fiscalía que, en primer término, señala un vicio de la demanda. Dice al respecto el señor Fiscal:

> **"Vicio de la demanda.** En el libelo se expresa que las comunicaciones cuya nulidad se solicita "son violatorias de las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946, 64 de 1946, 4ª de 1966, 171 de 1965, así como también del Decreto 272 de 1957". Esta enunciación genérica de leyes y decretos no consulta estrictamente las exigencias establecidas por el Código Contencioso Administrativo, y constituye una falta de técnica en la formulación de cargos. El artículo 84 del Código ordena que toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá reunir, entre otros, los siguientes requisitos...: "4º La expresión de las disposiciones que estima violadas y el concepto de la violación". Comentándolo ha expresado el honorable Consejo de Estado: "La facultad discrecional que asiste al demandante en 'la expresión de las disposiciones que estima violadas y el concepto de la violación', que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones, no podría ella fundarse en consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidas por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción". (Auto, 23 enero de 1949, T. LVIII, Núm. 367-

371, Pág. 340). "De acuerdo con el pensamiento del honorable Consejo de Estado que se deja consignado, y dentro de un riguroso criterio de técnica procedimental, existe un impedimento para un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda. Con todo, en el supuesto de que el honorable Consejo estime que puede analizarse el fondo del problema planteado, sobre el mismo pasa a emitir su parecer".

Es verdad que en la demanda no se citan los artículos exactos de cada una de las leyes y decretos aducidos, pero sí contiene ella un largo capítulo demostrativo de la violación de las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946, 64 de 1946, 4ª de 1966, 171 de 1965 y Decreto 272 de 1957 con lo cual encuentra la Sala que no existe el vicio mencionado por la Fiscalía.

Corresponde pues, a la Sala, entrar al fondo del negocio para decidirlo, previas las siguientes

Consideraciones

El señor Fiscal Primero hace un extenso estudio sobre la naturaleza del Banco Central Hipotecario y del Banco de la República. Hace constar que el interesado sirvió a distintas entidades durante los períodos siguientes:

"a) A la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (fl. 13), en dos etapas: diciembre 12 de 1936 a marzo 15 de 1937, o sea 3 meses y 4 días, y en la segunda época desde el 10 de junio de 1942 hasta el 30 de junio de 1949, es decir, durante 7 años, y 21 días;

"b) A la Compañía Central de Construcciones, filial del Banco Central Hipotecario (fl. 12), desde marzo de 1937 (como en el certificado no se indica el día exacto, se tomará el 30, presumiéndose que para esta fecha ya estaba trabajando) hasta el 29 de mayo de 1942, o sea, 5 años y 2 meses;

"c) Al Banco de la República, Oficina de Registro de Cambios (fl. 11) de 20 de octubre de 1949 a junio 30 de 1951, esto es, 1 año, 8 meses y 11 días;

"d) A la Empresa Colombiana de Turismo S. A., (fl. 9), en dos ocasiones: de marzo 23 de 1959 a julio 31 de 1962, es decir, 3 años, 4 meses y 9 días, y desde marzo 2 de 1964 hasta agosto 31 de 1966, o sea, 2 años, 6 meses y 29 días.

"El total de los servicios del actor resulta así: de 20 años, 1 mes y 14 días".

La Sala ha revisado cuidadosamente el expediente y en efecto, los tiempos servidos por el demandante son los indicados por la Fiscalía en los cuatro literales anteriores. De esta manera, es lo cierto que el demandante ha cumplido el tiempo necesario de servicio para la jubilación siendo de observar por otra parte, que ha cumplido con el otro requisito exigido por la ley, o sea el de la edad, ya que, según el certificado visible a folio 14, cuenta actualmente con 53 años.

Agrega el señor Fiscal en su vista de fondo:

"Pueden los servicios anteriormente determinados ser catalogados como prestados por un trabajador oficial? La reforma administrativa de 1968 procuró otorgar una más clara fisonomía a la administración pública colombiana, mediante una mejor distribución de funciones entre sus diferentes agencias y un perfeccionamiento en la teoría jurídica y la técnica de la administración central y descentralizada. En el artículo 1º del Decreto número 3130 de 1968 se expresó que "Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967, son conforme al Decreto extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

"En cuanto a la condición jurídica del servidor, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 consagra que "las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos... Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales".

"No alude directamente el estatuto a quienes trabajan en las sociedades de economía mixta; pero, si como ya se vio, esas corporaciones fueron expresamente calificadas como empresas oficiales en el citado Decreto 3130, lo consecuente es inferir que dichas personas también tienen la calidad de trabajadores oficiales.

"Las definiciones y orientaciones contenidas en la reforma administrativa de 1968, dentro de un estricto orden de cosas, no serían aplicables al caso sometido a estudio, como quiera que el demandante Mutis Escobar finalizó su vinculación jurídica con la entidad demandada, última cronológicamente entre las que recibieron los servicios del actor, el 31 de agosto de 1966; y de doctrina no poco confusa, como es la que se contemplaba antes de la reforma de 1968, los lineamientos trazados por ésta deben servir cuando menos de pauta y de orientación hermenéutica.

"En su providencia de 11 de septiembre de 1968, en la cual el honorable Consejo de Estado resolvió que la demanda incoada era pertinente (fls. 43 a 62), esa alta corporación ya analizó la situación jurídica de la entidad demandada "Empresa de Turismo S. A.", la cual clasificó como una sociedad de economía mixta, y a este efecto observó:

"El solo hecho de que estas sociedades de economía mixta estén definidas especialmente en el Decreto 1050 de 1968, por el cual 'se dictan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la **administración nacional**', demuestra, en concepto de esta Sala de Decisión, que tales sociedades hacen parte de la administración; que, aunque se constituyan como sociedades comerciales, son organismos de carácter público; y que sus actos y decisiones, cuando sean controvertidos, quedan sujetos al control de la justicia contencioso administrativa al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 528 de 1964".

"Corrobora, así, el honorable Consejo de Estado el carácter público de las empresas de economía mixta, y, consiguientemente el carácter

oficial de los trabajadores de esos organismos. Se sabe, por lo mismo, que en cuanto al período en que el señor Mutis Escobar prestó sus servicios a la Empresa Colombiana de Turismo S. A., su condición de trabajador oficial es evidente. No ofrece problema tampoco la naturaleza de su relación con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entidad de auténtico carácter oficial, según pensamiento ya antiguo del honorable Consejo de Estado (vr. gr. fallo septiembre 9 de 1952, actor Gustavo A. Valbuena).

"La dificultad puede presentarse, por el contrario, cuando el análisis se detiene en las épocas en que el actor prestó sus servicios a las dos instituciones bancarias, Banco de la República y Banco Central Hipotecario. De acuerdo con los documentos respectivos, en la última entidad trabajó, como arriba se consignó, del 30 de marzo de 1937 al 29 de mayo de 1942; en el Banco de la República lo hizo del 20 de octubre de 1949 al 30 de junio de 1951.

"Por medio del artículo 4º del Decreto-ley 711 de 1932 se autorizó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Superintendencia Bancaria para fundar el que ahora es Banco Central Hipotecario, entre otras, sobre las siguientes bases:

a) El capital autorizado sería de veinte millones de pesos, la mitad suscrito por el Banco de la República y la otra mitad por los bancos comerciales y los individuos y entidades particulares u oficiales que quisieran hacerse accionistas;

b) La Junta Directiva constaría de cinco miembros, elegidos así: uno por el Gobierno Nacional, dos por el Banco de la República, y dos por los demás accionistas;

c) El Banco tendría ciertos privilegios y derechos, especialmente en lo tocante a la emisión de cédulas y a las exenciones de determinados gravámenes fiscales.

"Luego del estatuto que autorizó la creación del Banco Central Hipotecario, se expidieron otros que vinieron a resaltar su situación de privilegio y de especial carácter, en frente de las entidades bancarias comunes, estatutos tales como el Decreto-ley 945 de 1932; el 1111 del mismo año; el Decreto-ley 376 de 1934; la Ley 172 de 1936; Decreto-ley 2096 de 1937; Decreto-ley 327 de 1938; Decreto-ley 690 de 1939; el número 1156 de 1940; el 1771 de 1942.

"En el año de 1957 fue aprobada la reforma estatutaria del Banco Central Hipotecario. Entre las reformas decretadas se destacan las siguientes:

a) El capital autorizado del Banco se estableció en $ 50.000.000.00. Las acciones, de valor nominal de $ 10.00 cada una, se dividieron en tres clases las de la clase "A", suscritas por los bancos e instituciones de crédito, oficiales o semioficiales. Las acciones de la clase "A" se emitirán hasta el 60%, las de la clase "B" hasta el 20% y las de la clase "C" hasta el 20% del capital autorizado del Banco;

b) La composición de la Junta Directiva quedó así: siete miembros, nombrados uno por el Presidente de la República; tres por la Junta

Directiva del Banco de la República, dos por los accionistas de la clase "B" y uno por los accionistas de la clase "C".

"A través de toda esa historia legislativa, pueden consignarse como lineamientos definidos, en el conjunto normativo del Banco Central Hipotecario, los de una intervención activa del Gobierno Nacional, aunque parcial, en la administración de la entidad; además, una participación mayoritaria, bien en la administración, ora en el capital, por parte del Banco de la República.

"Dentro de las demarcaciones trazadas por el Decreto 1050 de 1968, que como atrás se consignó bien pueden utilizarse de base de interpretación, la sola intervención en el gobierno de una empresa o entidad, no puede servir de indicio suficiente para concluir que la misma admita un carácter de establecimiento público o como empresa comercial o industrial del Estado, pero ni siquiera como sociedad de economía mixta. Condición **sine qua non** de las dos primeras clases de organismos, según lo preceptúan los artículos 6º y 7º del decreto, es que el capital se halle constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas y contribuciones, y, del último grupo, que exista por lo menos un aporte estatal. De tal manera que así se da la circunstancia esbozada por el decreto de la "tutela" o ingerencia estatal en la actividad directiva de la empresa, si falta el aporte oficial, total o parcial, según el caso, no podrá hablarse realmente de un organismo oficial.

"Con este propósito, resulta conveniente comentar un estatuto, que en concepto de algunos pudiera tener capacidad de definición legal o al menos orientación jurídica para el problema debatido. El Decreto legislativo 0322 de 1957 se dictó, como allí mismo se expresa, con el fin de autorizar al Gobierno Nacional para celebrar un contrato con el Banco de la República. En el artículo 2º se clasifican las acciones que integran el capital del Banco, una categoría de las cuales, la clase "E" corresponde a "acciones pertenecientes a bancos oficiales o semioficiales". En el artículo 3º se enuncian los casos en los cuales debe suponerse que una institución o establecimiento bancario es oficial o semioficial, a saber: "a) Cuando un veinte por ciento o más del monto del capital suscrito y pagado provenga directa o indirectamente de los Tesoros Nacional, Departamental o Municipal, o de aportes de cualquiera entidad oficial o semioficial o establecimiento público descentralizado, o fondo cuyo patrimonio se haya formado o constituido en todo o en parte de impuestos o exenciones fiscales; y b) Cuando uno o más de sus directores o el Gerente sean designados directa o indirectamente por el Gobierno Nacional, Departamental o Municipal, o por una entidad u organismo de los señalados en el aparte anterior".

"No cree la Fiscalía que los conceptos anteriores puedan tener una vocación de generalidad, en forma que sirvieran de modo definitivo como dictámenes legales sobre la naturaleza oficial de las entidades bancarias. El decreto, como arriba se dijo, fue proferido con un propósito exclusivo y determinante, la autorización al Gobierno Nacional para la celebración de un contrato con el Banco de la República; contrato destinado a reformar los estatutos de ese establecimiento, y sobre esa reforma los estatutos, sólo sobre ella, se consignan regulaciones y preceptos. Las definiciones dadas en el artículo 3º siguiendo

tal orden de ideas, hacen relación directa al artículo anterior, cuando se clasifican las diferentes acciones que componen al capital del Banco. En el artículo 2º se enumeran una clase de acciones, las pertenecientes a bancos oficiales o semioficiales; de estricta obligación, por ende, era expresar a renglón seguido por cuáles conceptos quedaban determinados bancos incluidos dentro de esa categoría. Era, en síntesis, una mera definición de un grupo de accionistas.

"Corroborando este anterior pensamiento, en el Decreto extraordinario número 032 de 1957 se aprobó una reforma de estatutos del Banco Central Hipotecario, similar a la expresada antes sobre el Banco de la República, en la cual asimismo se consignó el número y clase de las distintas acciones que debían formar el capital, y, luego, (parágrafo del artículo 7º de los estatutos), se dijo:

"Para los efectos de este artículo (suscripción de acciones) se consideran como banco o instituciones de crédito oficiales o semioficiales, aquellos cuyo capital suscrito y pagado sea en un 50% o más, propiedad del Gobierno Nacional, Departamental o Municipal, o de cualquier otra entidad oficial, o semioficial, y aquellos cuyo Gerente o mayoría de Directores sean designados por el Gobierno directa o indirectamente, o por una entidad oficial o semioficial".

"Volviendo al tema central, y de acuerdo con los razonamientos que arriba se consignaron, para determinar en definitiva si el Banco Central Hipotecario puede calificarse como una entidad de carácter oficial —aun bajo la más precaria de las figuras jurídicas dadas por la ley, esto es la de la sociedad de economía mixta— es imprescindible definir si su capital está constituido, al menos parcialmente, por aportes estatales.

"Por una deficiencia probatoria, no se puede establecer si en la actualidad, o al menos en la época en que prestó sus servicios el demandante, existen o existieron aportes de entidades oficiales al Banco Central Hipotecario. **Se sabe, sí, a ciencia cierta que, por fuerza de los mandatos legales, el Banco de la República ha sido accionista forzoso y principal del Banco Central Hipotecario** (subraya la Sala).

"Doblemente importante resulta, entonces, establecer el carácter oficial o no oficial, del Banco de la República: primero porque, en caso afirmativo conducirá a concluir que en el capital del Banco Central Hipotecario hay un accionista oficial, un aporte estatal: luego porque, en el mismo supuesto afirmativo, se concluirá asimismo que los servicios prestados por el demandante al Banco de la República tuvieron la condición de servicios de un trabajador oficial.

"En el año de 1923 se profirió la Ley 25, orgánica del Banco de la República. Quiso el legislador que existiera en el país una institución que cumpliera importantes y especiales funciones en la economía, de modo primordial en lo relacionado con la regulación de la moneda y el crédito. Dijo la ley en su artículo 1º:

"'Autorízase al Gobierno para promover y realizar la fundación de un Banco de emisión, giro, depósito y descuento. Las bases orgánicas del Banco serán las que se fijen en sus estatutos, con sujeción a la presente ley y a las demás que le sean aplicables. Dichos estatutos y las

reformas qué se le introduzcan en lo futuro, necesitan, para ser puestos en ejecución la aprobación del poder ejecutivo'."

"El artículo 4º de la ley, sustituido más tarde por el artículo 2º de la Ley 82 de 1931, determinó el capital del Banco: autorizó un capital de diez millones de pesos, y las acciones de un valor nominativo de cien pesos cada una se dividieron en cuatro clases así: de la clase "A" que montarían a cinco millones de pesos y serían suscritas íntegramente y pagadas por el Gobierno Nacional.

"Estas acciones —dijo la ley— no darán derecho a votar; pero, debido al carácter cuasipúblico del Banco, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público será miembro nato de la Junta Directiva, el Gobierno tendrá la facultad de nombrar dos (2) Directores más cuyo período será de dos (2) años y que podrán ser reelegidos". Las acciones de la clase "B" serían suscritas por bancos nacionales, sin incluir en ellos los bancos simplemente hipotecarios. Las acciones de la clase "C" serían suscritas por los bancos extranjeros que tuvieran negocios bancarios en Colombia, y las acciones de la clase "D" serían suscritas por el público en general.

A más de los tres miembros designados por el Gobierno, la ley 25 dispuso que los poseedores de las acciones "B" eligirán dos en la Junta Directiva, otros dos los poseedores de la clase "C" y uno los de la clase "D". La Ley 45 de 1923, que reguló ampliamente el sistema bancario del país, contiene abundantes disposiciones sobre las distintas actividades del Banco de la República. Y bien puede decirse, que, a lo largo de la historia legislativa de la Nación, todos aquellos estatutos que se han proferido desde entonces y que gobiernan las materias bancarias y monetarias, tienen que ver con el Banco de la República.

"Para los efectos del tema que se debate y que importa resolver aquí, lo relativo al capital del Banco y a la participación del mismo por el Estado, puede decirse que en líneas generales la situación ya referida no varió de modo sustancial hasta el año de 1951, cuando se expidió el Decreto legislativo número 2057 de 2 de octubre de ese año. Por medio del artículo 9º del decreto se consagró que "autorízase la venta en mercado abierto y sin otra formalidad, de las **acciones que posee el Estado** en el Banco de la República. Las acciones enajenadas se convertirán, según el caso, en acciones de las clases "B" y "C" o "D" del mismo Banco". "Y el artículo 10 estableció": Si el Gobierno lo solicitare, el Banco de la República deberá aumentar su capital para establecer en todo o en parte la proporción de acciones **que hoy posee el Estado**. En tal evento, dichas acciones se venderán a la Nación por su valor en los libros, en el momento de la emisión de ellas, y tendrán todos los derechos de las acciones restantes, en cuanto a dividendos". (Se subraya).

"Con posterioridad al Decreto 2057 de 1951, en relación con el capital del Banco de la República, fue proferido otro estatuto importante, del cual ya se trató arriba, el número 0322 de 1957 y que, en algunos aspectos, viene a desarrollar preceptos del primero. Pero éste, para los propósitos que se vienen exponiendo, es el que resulta de una importancia fundamental. Desde la época de constitución del Banco y hasta la promulgación del Decreto 2057, el Gobierno Nacional era

accionista obligado; a partir de la vigencia del decreto, el Gobierno quedó autorizado para vender sus acciones.

"Lo expuesto anteriormente lleva a una conclusión irrebatible: desde su constitución y hasta la fecha del Decreto 2057, el día 2 de octubre de 1951, hay plena seguridad de que el Banco de la República tenía como accionista al Gobierno Nacional; vale decir, que contaba con aportes oficiales y, por ende, que, al menos por toda esa época, se llena el supuesto para calificarlo como empresa oficial. Más adelante la situación puede haber variado fundamentalmente, por la venta total de las acciones que haya realizado el Gobierno; pero esa situación para el problema debatido no resulta de mayor interés.

"En efecto, todo el lapso de servicios prestados por el demandante a las dos instituciones bancarias estudiadas, de acuerdo con el acervo probatorio, se desarrolló antes de la expresada fecha de promulgación del Decreto 2057; al Banco Central Hipotecario sirvió el actor del 30 de marzo de 1937 al 29 de mayo de 1942, y al Banco de la República del 20 de octubre de 1949 al 30 de junio de 1951. Por todo ese período se sabe que el Banco de la República debe reputarse como empresa oficial, por recibir aportes del Gobierno Nacional; a su vez, debe admitirse como empresa oficial el Banco Central Hipotecario, por ser oficial su principal accionista, el Banco de la República.

"Se concluye, así, de todo lo expuesto que los servicios desempeñados por el señor Mutis Escobar lo fueron en su totalidad a entidades oficiales; esto es, que fueron servicios de un trabajador oficial".

Dice también la Fiscalía:

"Pero no todo el problema planteado en el libelo de demanda queda resuelto con la conclusión precedente. Ya se vio al principio cómo la Ley 24 de 1947 estableció que el monto de la pensión que deba reconocerse al extrabajador público "se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados", en cada una de las entidades de derecho público a las que haya servido el agraciado. Y el artículo 28 del Decreto 3135 de 1968 recogiendo disposiciones anteriores similares, enseña que la entidad obligada al pago de la pensión de jubilación" tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo'."

La Sala acoge básicamente los anteriores razonamientos expuestos por la Fiscalía y con fundamento en ellos llega a la conclusión de que efectivamente es computable, para efectos de la pensión oficial el tiempo servido por el demandante en el Banco de la República y en el Banco Central Hipotecario. Siendo claro por lo demás el carácter de entidades públicas de las otras instituciones donde trabajó, es decir, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y la Empresa Colombiana de Turismo S. A., (hoy Corporación Nacional de Turismo).

Si alguna duda pudiera caber respecto del carácter del Banco de la República y por ende del Banco Central Hipotecario, en la época en que trabajó el demandante, ella quedaría despejada con el siguiente concep-

to del doctor Darío Echandía, en un estudio del cual son los siguientes apartes, y que fue publicado por la Imprenta del Banco de la República:

"Se pregunta: la constitución de la Junta Directiva del Banco de la República puede ser modificada por la Nación, mediante una ley ad hoc? Se responde: el Banco de la República se fundó en virtud de un contrato de sociedad anónima, en que fue parte la Nación, representada por el Ministro del Tesoro, debidamente autorizado por el Presidente de la República. El Gobierno celebró este contrato con el Banco de Bogotá, el de Colombia y el Central, por escritura pública número 1434 de 20 de julio de 1923. El objeto de esta sociedad anónima es ocuparse en las operaciones bancarias de emisión, giro, depósito y descuento, según se expresa en la cláusula primera de la escritura social. Aparece, pues, claro, que la finalidad que se persiguió al celebrar el contrato contenida en la citada escritura pública fue la de constituir una persona jurídica para cumplir mediante ella un servicio público; el servicio público que consiste en las operaciones bancarias de emisión, redescuento y demás son objeto de la sociedad. El Estado colombiano hubiera podido prestar esos servicios por medio de una entidad oficial (banco de Estado) encargada de realizarlos. Hubiera podido también hacer una concesión de esos servicios a una entidad totalmente privada, a un banco constituido por accionistas particulares solamente, pero prefirió establecer una entidad de las llamadas de **economía mixta**, para otorgarle tal concesión" (publicaciones del Banco de la República).

Además el doctor Antonio Rocha ha dicho, según se transcribe en sentencia del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 1960:

"Muchos casos de renovación del derecho público se han citado a lo largo del expediente que ha ido al estudio del Consejo de Estado. Pero vale la pena de agregar uno, muy audaz en la época en que el paso se dio. Me refiero a la autorización que por la Ley 25 de 1923 se le dio al Gobierno para crear una sociedad de derecho privado, el Banco de la República, y confiarle o delegarle el más delicado de los servicios públicos: las operaciones de emisión y redescuento, función que de por sí es capitalmente reservada al Estado. Se constituyó una persona jurídica de derecho privado para cumplir mediante ella un servicio público, con lo cual se quiso armonizar el sistema de explotación del servicio exclusivamente por el Estado, lo que tiene el inconveniente de la reconocida inferioridad de la burocracia oficial para ciertas gestiones y el de la prestación de tal servicio por entidades totalmente privadas; allí está la persona de derecho privado prestándole eficazmente sin que se pudiera declarar que por ello la fundación del Banco sea inconstitucional".

"Autorizada la venta de las acciones de la Nación en el Banco de la República por el Decreto Nº 2057 de 1951, se trata de persona jurídica sometida a las reglas de derecho privado, pues fue constituida como sociedad anónima, aunque su creación fue promovida por la ley. El carácter de sociedad de economía mixta que tenía el Banco desapareció al efectuarse la venta de las acciones de la Nación y quedar todo su capital en manos de entidades particulares.

La creación del Banco Central Hipotecario también fue promovida por la ley; de la sociedad fundada son socios bancos particulares, y socio forzoso el Banco de la República, por disposición de aquélla, parti-

cipación que no cambia su naturaleza porque el Banco de la República como se vio atrás desde 1951 dejó de ser sociedad de economía mixta.

En la época en que el actor trabajó en el Banco Central Hipotecario desde marzo de 1937 hasta el 29 de mayo de 1942, el Banco de la República era sociedad de economía mixta y era además, el principal accionista del Banco Central Hipotecario. Esto significa que el demandante trabajó durante ese período en entidades de economía mixta de carácter público.

Si bien es cierto que fue la Ley 6ª de 1945 la que creó a favor de los trabajadores la pensión de jubilación y el señor Mutis Escobar empezó a laborar en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 12 de diciembre de 1933, para continuar después prestando sus servicios a otras entidades oficiales, la vinculación del demandante con la administración solamente cesó con posterioridad a la vigencia de la Ley 6ª de 1945 y por eso, nada impide tomar en cuenta para computar los 20 años de servicio el lapso anterior a dicha ley.

Respecto de las entidades obligadas a pagar la pensión del demandante, es preciso tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 72 de 1947 que dice así: "Artículo 21. Los empleados nacionales, departamentales, o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La Caja pagadora repetirá de las entidades obligadas el reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicio del empleado en cada una de las entidades oficiales".

"Parágrafo. La Caja que reciba la solicitud la pondrá en conocimiento de las entidades interesadas, las cuales podrán objetarla con fundamento legal".

La norma transcrita fue desarrollada por medio del Decreto Nº 2921 de 1948 (agosto 21), y posteriormente el Decreto 3135 de 1968, dijo en su artículo 28: la entidad obligada al pago de la pensión de jubilación "tendrá derecho a repetir contra los organismos afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo".

De conformidad con las disposiciones de la ley y del decreto citados resulta procedente acceder a la solicitud de la demanda en el sentido de ordenar a la Corporación Nacional de Turismo que decrete y pague la totalidad de la pensión de jubilación del actor, pero reconociendo a la Corporación el derecho de repetir contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por el tiempo en ella trabajado, lo mismo que contra el Tesoro Público por el tiempo en que prestó sus servicios el actor en el Banco de la República y el Banco Central Hipotecario.

De otra parte, el artículo 2º, del Decreto 2921 ya aludido establece que la entidad que reciba la solicitud de pago de la pensión, la pondrá en conocimiento de las varias entidades obligadas y les remitirá copia del proyecto de resolución que elabore y demás documentos necesarios para establecer si está obligada a la cuota que se le asigna. Y el ar-

tículo 3º dice que cada entidad deberá manifestar si acepta la obligación o si la objeta con fundamento legal. Y qué ocurre en el caso de que guarde silencio? Podría pensarse que al condenar a la Empresa de Turismo a pagar la totalidad de la pensión con derecho a repetir la cuota respectiva de las otras entidades obligadas, se estaría pretermitiendo el trámite señalado por el decreto y consiguientemente, se estaría negando a esas otras entidades el derecho de objetar la liquidación. Ese es precisamente el punto de vista de la Fiscalía al expresar lo siguiente: "En la demanda se ha solicitado, como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, que se ordene a la Empresa Colombiana de Turismo S. A., el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en la cuantía y desde la fecha allí indicados. Pero es claro, que, conforme a los preceptos anteriormente expuestos, la empresa demandada tiene todo el derecho a repetir contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y contra el Tesoro Público, por el tiempo en que el actor trabajó en el Banco de la República y el Banco Central Hipotecario.

Pero no es necesario hacer los trámites ante los dos Bancos por las siguientes razones:

Cuando el señor Mutis Escobar trabajó en el Banco de la República y el Banco Central Hipotecario, estas dos entidades tenían un carácter oficial que luego perdieron. Actualmente son entidades privadas. Antes de 1951 los dos institutos eran parte integrante de la administración y por ello el tiempo en ellos trabajado por el señor Mutis Escobar debe ser computado para los efectos de la jubilación.

Actualmente, se repite, los dos Bancos mencionados son entidades de derecho privado. El simple contrato de emisión no comporta que el Banco de la República haga parte de la administración pública pues este servicio público bien puede ser prestado como sucede en otros casos por entidades privadas.

Surge el interrogante de saber si los dos Bancos están obligados ahora a contribuir con las cuotas correspondientes. Para la Sala es claro, como se dijo atrás, que el tiempo es computable, pero el obligado a pagar esas cuotas es el Tesoro Público ya que fue a la Nación a quien prestó sus servicios el actor. Entonces la Nación misma quedó obligada con Mutis Escobar y es contra el Tesoro Público que se deben repetir las cuotas correspondientes al tiempo trabajado en los Bancos de la República y Central Hipotecario. Por otra parte, si se dispusiese que los obligados son los dos Bancos antes mencionados se les estaría imponiendo una carga, sin que hayan sido oídos en este juicio. La Nación sí ha tenido un representante que es el Fiscal de la corporación.

En mérito de todo 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, oído el concepto de su Fiscal y de acuerdo en parte con él,

Falla:

1º **Son nulas** las comunicaciones Nos. 002417, 003459, 003896 de 2 de agosto, septiembre 19 y octubre 23 de 1967 dirigidas por la Empresa Colombiana de Turismo, al señor Jorge Mutis Escobar.

2º Como consecuencia de la nulidad decretada en el numeral anterior, el señor Jorge Mutis Escobar tiene derecho a que la Empresa Colombiana de Turismo, (hoy Corporación Nacional de Turismo) le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación desde el 29 de agosto de 1966 y en cuantía equivalente al 75% del sueldo devengado en el último año de servicios.

3º La Empresa Colombiana de Turismo (hoy Corporación Nacional de Turismo), podrá repetir del Tesoro Público el reembolso de la cantidad proporcional que le corresponde, habida consideración del tiempo servido en los Bancos de la República y Central Hipotecario; y de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por el tiempo en ella trabajado por el actor.

4º La Empresa Colombiana de Turismo (hoy Corporación Nacional de Turismo), dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en sesión celebrada el día catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

Nemesio Camacho Rodríguez, Belisario Arciniegas, Andrés Holguín, Alvaro Orejuela Gómez.

Susana M. de Echeverri, Secretaria.

SUPERINTENDENCIA DE REGULACION ECONOMICA

COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA.— Características.— **De acuerdo con el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo son tres los requisitos fundamentales de la cosa juzgada administrativa: a) Un acto administrativo anulado por sentencia ejecutoriada; b) La reproducción del mismo por la corporación o funcionario que lo dictó conservando la esencia del que fue anulado; y c) Que los fundamentos legales que hayan dado base a la sentencia de anulación no hayan desaparecido.**

TASAS E IMPUESTOS.— Derecho de matrícula.— **El llamado "derecho de matrícula" conocido así inicialmente y reaparecido después en las disposiciones de la Superintendencia y de las Empresas Públicas de Medellín es el mismo "derecho de abastecimiento" anulado por el Consejo de Estado en virtud de que se trata de un impuesto para cuya creación ninguna de las dos entidades están facultadas legalmente.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diciembre diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

El señor Sergio Alvarez Cock, con la coadyuvancia del abogado doctor Jairo E. Duque Pérez, en libelo de septiembre 13 de 1968 corregido oportunamente en escrito de octubre 17 del mismo año, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de la Resolución Nº 012 de 10 de mayo de 1966, numeral 3º, capítulo I, de la Superintendencia de Regulación Económica, del Decreto Nº 4 de 14 de septiembre de 1966, dictado por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y de la Resolución Nº 567 de 17 de noviembre de 1966, del Director Encargado de la Superintendencia de Regulación Económica.

La síntesis de los hechos expuestos tanto en la demanda como en su corrección, debidamente coordinados, es la siguiente:

El acto legislativo Nº 5 de 1954 (hoy derogado) autorizó al legislador para crear establecimientos públicos, dotados de personería jurídica para la prestación de uno o más servicios, especialmente determinados en el indicado acto legislativo, y autorizó al Gobierno para ejercer las facultades otorgadas por el mismo legislador, mientras la Asamblea

Constituyente asumía las funciones respectivas. En ejercicio de esas facultades, el Gobierno, por medio del Decreto Nº 1816 de 1º de julio de 1955, autorizó al municipio de Medellín "para organizar uno o varios de los servicios municipales de la ciudad de Medellín, aislado o conjuntamente, como entidades administrativas autónomas con personería jurídica independiente y patrimonio propio.

Si es verdad que las citadas disposiciones facultaron al municipio para crear un establecimiento de las características indicadas con el fin de prestar los servicios de energía eléctrica, teléfonos, acueducto, alcantarillado y para cobrar tasas o tarifas por dichos servicios, no se le facultó para establecer impuestos de ninguna índole, ni para crear o cobrar tasas por concepto distinto a la prestación de los servicios dichos.

En desarrollo del Decreto Nº 1816 de 1955, el Consejo Administrativo de Medellín dictó el acuerdo Nº 58 del 6 de agosto de 1955 que organizó un establecimiento público autónomo "encargado de la dirección, administración y prestación de los servicios municipales de energía eléctrica, teléfonos, acueducto y alcantarillado", que se denominó Empresas Públicas de Medellín. Ese acuerdo autorizó para expedir los estatutos del establecimiento autónomo el cual lo hizo por medio del Decreto 375 de 1955 cuyo artículo 29 es del siguiente tenor: "Tasas. Por los servicios que preste el establecimiento cobrará tasas de acuerdo con las tarifas existentes en la fecha de su organización, o con las que se adopten de conformidad con las leyes y los presentes estatutos".

No obstante la carencia de facultad impositiva, las Empresas Públicas de Medellín dictaron el Decreto Nº 3 de 8 de abril de 1959 por el cual se reglamenta el "derecho de abastecimiento" para las instalaciones del acueducto, invocando el "uso de sus atribuciones estatutarias", que no otorgan dicha facultad. Consiste el derecho de abastecimiento en una cuota de conexión que deberán pagar todas las construcciones que soliciten a las Empresas Públicas de Medellín el servicio de acueducto. El indicado decreto fue aprobado por la Resolución Nº 1481 de 9 de noviembre de 1959, proferida por el Ministerio de Salud Pública, a quien correspondía en ese entonces la aprobación de tarifas de servicios públicos. El doctor John Quijano demandó la nulidad tanto del decreto como de la resolución citados y el Consejo de Estado en sentencia del 19 de diciembre de 1964 declaró la nulidad impetrada.

Las Empresas Públicas de Medellín no respetaron la decisión del Consejo de Estado y dictaron el Decreto Nº 4 de 14 de septiembre de 1966 en el cual cambiaron la designación de "derecho de abastecimiento" por el de "derecho de matrícula" y establecieron nuevamente el impuesto anulado. El hecho nuevo que sirvió de base a las Empresas Públicas para restablecer el "derecho de matrícula" burlando la sentencia del Consejo de Estado, fue la Resolución Nº 12 de 1966, proferida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica en la cual se dictan "normas generales sobre tarifas para servicios públicos de acueducto y alcantarillado".

"Comparados el derecho de abastecimiento del Decreto Nº 3 de 1959 y el derecho de matrícula creado por el Decreto Nº 4 de 1966, ambos de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín, aparece de manifiesto que dicha Junta reprodujo, con otro nombre, un ac-

to administrativo anulado por el honorable Consejo de Estado. En esencia, son uno mismo ambos decretos, con el agravante de que el derecho de matrícula se cobra por el solo hecho de demandar o solicitar servicio de acueducto".

El Decreto Nº 4 fue aprobado por la Resolución Nº 567 de 17 de noviembre de 1966 de la Superintendencia de Regulación Económica. Ni la Resolución Nº 12 de 1966 de la Superintendencia de Regulación Económica ni el Decreto-ley 1653 de 1960, que creó esa entidad, la autorizaron para crear impuestos y el derecho de matrícula lo es conforme a la doctrina del Consejo de Estado.

Disposiciones violadas y concepto de la violación

El actor señala como violadas las siguientes normas: artículo 43 de la Constitución Nacional en cuanto por las disposiciones acusadas se obliga a los suscriptores a pagar una contribución o impuesto, con violación directa de la Carta fundamental en la disposición citada que dice: "En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones".

La Resolución Nº 12 de 10 de mayo de 1966, numeral 3º, capítulo I, viola también el Decreto 1653 de 15 de julio de 1960, por cuanto este decreto facultó a la Superintendencia de Regulación Económica para estudiar, revisar y aprobar las tarifas, reglamentos y precios de servicios públicos, pero no para crear impuestos.

Igualmente el Decreto Nº 4 de 1966 y la Resolución 567 violan en forma directa y ostensible el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo por cuanto reprodujeron actos administrativos anulados por el Consejo de Estado; "en esencia ambos impuestos son lo mismo que gravan las edificaciones, modificaciones o reemplazos de éstas, con un porcentaje sobre el avalúo catastral de los inmuebles".

La Resolución Nº 012 de 10 de mayo de la Superintendencia de Regulación Económica no puede ser fundamento del nuevo acto administrativo proferido por las Empresas Públicas de Medellín, porque esa disposición a su turno adolece de nulidad.

Dio respuesta a la demanda el doctor Cayetano Betancurt obrando en su propio nombre, con base en el artículo 81 del Código Contencioso Administrativo quien se limitó a decir que impugnaba la demanda y negaba categóricamente que el derecho de matrícula a que se refieren las providencias acusadas sea un auténtico impuesto y no una verdadera tasa. Se opuso igualmente a que se decretase la suspensión provisional de los actos acusados pedida en la demanda la cual fue negada en auto de 5 de octubre del año próximo pasado.

Durante el término probatorio se practicaron las pruebas pedidas por el citado doctor Betancurt quien obraba ya como apoderado de las Empresas Públicas de Medellín.

En el período de traslados solamente alegó el ya citado apoderado de las Empresas Públicas de Medellín; igualmente se recibió vista del señor Fiscal 3º de esta corporación, doctor Eduardo Aguilar Vélez en donde solicita acceder a las súplicas de la demanda. Estando ya el negocio en condiciones de tomar una determinación se procede a ello.

Consideraciones del Consejo de Estado

Al estudiar los fundamentos de derecho se vio cómo el actor señala como violado en forma especial el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo planteamiento que envuelve en el fondo el problema de la cosa juzgada, desde luego con las características propias que esa institución tiene en el campo administrativo y que han de estudiarse. Es preciso, en consecuencia, analizar este punto en forma previa porque en el fondo entraña la excepción de cosa juzgada que siempre exige, por ordenamiento natural de las cosas, un pronunciamiento previo.

La aludida disposición preceptúa:

"Artículo 99. Ningún acto administrativo anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

Comentando esta disposición dice el autorizado tratadista doctor Tulio Enrique Tascón en su obra "Derecho contencioso administrativo colombiano" segunda edición, página 196:

> "Este artículo modifica el 1º de la Ley 45 de 1931, que fue dictado para poner término a la corruptela que se había introducido de que las corporaciones o funcionarios cuyos actos habían sido anulados o suspendidos, los reproducían en una forma distinta, pero conservando el contenido esencial de las disposiciones anuladas o suspendidas, lo que hacía írritos los fallos del Consejo de Estado y de los tribunales seccionales, acabando con la autoridad de la cosa juzgada y volviendo interminables las contenciones administrativas. Se exceptúa, por supuesto, el caso de que hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión, como sería, por ejemplo, el caso de que se anulara o suspendiera una ordenanza por ser violadora de una ley que con posterioridad al fallo hubiera sido derogada, o que se anulara o suspendiera un acuerdo por no estar los municipios autorizados para crear un impuesto que posteriormente hubiera sido autorizado por la ley o la ordenanza, etc."

Uno de los temas más estudiados y controvertidos en derecho procesal es este de la cosa juzgada ya que cada autor enfoca el problema de manera diversa, bien sobre los fundamentos de la institución, bien sobre sus consecuencias, aunque en el fondo coinciden en señalar que la razón de ser de la misma no es otra que interesa mucho a la sociedad poner término a litigios indefinidos, impedir que un problema jurídico que haya sido ventilado y decidido en un juicio anterior, vuelva a plantearse en un nuevo proceso, porque si eso ocurriera no sólo se falsearía la estabilidad jurídica, sino que se corre el peligro de dictar fallos opuestos o contradictorios, con notorio descrédito para la justicia y sus administradores.

Según enseña Savigny la autoridad de la cosa juzgada se basa en una ficción de verdad **"res judicata pro veritate habetur".**

Para Chiovenda "la cosa juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia"; combate la teoría de la ficción en parte afirmando que "Cuando se define la cosa juzgada como una "ficción de verdad" como una "verdad formal" como una "presunción de verdad", se dice una cosa sólo exacta en el sentido de que para la mayor parte de los ciudadanos extraños a un pleito la sentencia del juez aparece como cosa conforme a la verdad. Pero esta no es más que la justificación "social" de la cosa juzgada. Jurídicamente, como hemos visto al principio, la cosa juzgada no hace referencia a la afirmación de la verdad de los hechos, sino a la existencia de una voluntad de ley en el caso concreto". (Autor citado, "Principios de derecho procesal civil", tomo II, volumen I, páginas 412, 415 y 417).

Más adelante precisa y aclara más su pensamiento cuando afirma: "Para proveer a la certeza de la esfera jurídica de los litigantes, dando un valor fijo y constante a las prestaciones, la organización jurídica quiere que la actividad jurisdiccional se desarrolle una sola vez (aunque ordinariamente con la posibilidad de varios grados). Aplicando la ley del mínimo medio, tiende al máximo resultado con el mínimo empleo de actividad; entre las ventajas de la certeza jurídica y los daños de los posibles errores del juez en el caso concreto concede predominio a los primeros. Por esto, transcurridos los términos para impugnar una sentencia, ésta deviene definitiva y de ahí se deriva que la declaración de la voluntad de ley que ella contiene deviene indiscutible y obligatoria para el juez en cualquier juicio futuro".

El problema de la cosa juzgada es propio y peculiar del derecho procesal civil que nuestro Código de la materia concreta en los artículos 473 a 475, enumerando los tres requisitos clásicos para que se configure: "eadem rem, eadem causa petendi, eadem condictio personarum". No obstante, en el campo administrativo el problema tiene sus peculiaridades que lo especifican porque si es cierto que algunos de los elementos exigidos en el proceso civil también pueden predicarse para el juicio administrativo, no puede negarse que la reglamentación que de la cosa juzgada da el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo hace que en este campo su presentación no conlleve la complejidad y dificultades de interpretación que ha hecho de esta institución en el campo procesal civil una de las cuestiones más debatidas y que se ha prestado a un mayor número de polémicas y teorías.

En efecto, de acuerdo con el precitado artículo son tres los requisitos fundamentales de la cosa juzgada administrativa: a) Un acto administrativo anulado por sentencia ejecutoriada; b) La reproducción del mismo por la corporación o funcionario que lo dictó conservando la esencia del que fue anulado; y c) Que los fundamentos legales que hayan dado base a la sentencia de anulación no hayan desaparecido.

La reglamentación opera también para la suspensión provisional pero como es obvio con un carácter de transitorialidad porque es de la sentencia con autoridad de cosa juzgada de donde puede deducirse la verdadera existencia de ésta.

Es bueno advertir que el acto anulado puede ser simple o complejo porque en él hayan intervenido varias autoridades o porque para su

validez el acto haya necesitado de la aprobación de autoridad superior, caso en el cual la nulidad abarca tanto el acto de creación como el de ratificación o aprobación.

Se pasa ahora a analizar la existencia de los indicados requisitos en el negocio sub judice:

En sentencia de 19 de diciembre de 1964 el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución Nº 1484 de noviembre 9 de 1959 proferida por el Ministerio de Salud Pública en virtud de la cual se dio aprobación al Decreto Nº 3 de abril 8 de 1959, cuya nulidad también se declaró.

El artículo 1º del Decreto Nº 3 de 1959, de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín anulado define lo que debe entenderse por "derecho de abastecimiento" y en razón de qué debe pagarse:

"En lo sucesivo el llamado derecho de matrícula y los gastos correspondientes a las instalaciones domiciliarias de acueducto, serán cubiertos con el "derecho de abastecimiento", que será una cuota de conexión que deberán pagar todas las construcciones que soliciten a las Empresas Públicas de Medellín el servicio de acueducto".

Según el artículo 3º el derecho de abastecimiento era el equivalente a unos porcentajes sobre el presupuesto aprobado para la obra por el plano regulador, porcentajes que eran del 1½% por los primeros $ 7.000.00 y el 3% de esa cantidad en adelante. El decreto establece otras reglamentaciones que no son esenciales para el problema que aquí se debate.

En la aludida sentencia de nulidad se acoge y reitera el criterio expresado por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de diciembre de 1964 que, con ponencia del doctor Gabriel Rojas Arbeláez, dijo lo siguiente para calificar como un impuesto el derecho de abastecimiento:

> "El derecho de abastecimiento tiene por otra parte todas las características del impuesto. A esta especie de contribución la distingue el ser obligatoria, y el mencionado "derecho" lo es, no obstante su voluntariedad aparente. Está definido en el Decreto Nº 3 de 1959 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín como "una cuota de conexión que deberán pagar todas las construcciones que soliciten a las Empresas Públicas el servicio de acueducto, y como éste es imprescindible, puede decirse que quien quiera vivir debe pagar ese "derecho". Más que la idea de beneficio lo que distingue la tasa es la idea de compensación, porque aún el impuesto, tomando esta palabra en su sentido estricto, se paga en razón del beneficio que implica la vida social bajo la protección del Estado. Compensar conlleva a la vez la idea de igualdad, por lo que es principio generalmente admitido que donde la prestación del contribuyente excede con notoria desigualdad el valor del servicio recibido, se trata del pago de un impuesto y no de una tasa. En el caso que se contempla en los autos el "derecho de abastecimiento" no incluye ni el valor del contador, ni el de los materiales para la derivación domiciliaria, los que se pagan por aparte, y se liquida, según lo dispuesto en el artículo 3º del citado decreto, así: al uno y medio por ciento sobre los primeros siete mil

pesos del presupuesto aprobado por la Oficina del Plan Regulador; al tres por ciento de esta cantidad en adelante, y es reajustado sobre el avalúo catastral una vez realizada la construcción. Tal base impositiva y tal sistema para la fijación del tributo, no configuran una compensación ó contraprestación por un servicio, sino un gravamen a la propiedad raíz, cuyo monto muy difícilmente puede guardar equivalencia con tal servicio. Y si es de la naturaleza de la tasa tender a la amortización de un gasto y tener relación con una determinada prestación, y de la naturaleza del impuesto basarse no más que en la riqueza del contribuyente, la "cuota de conexión" establecida en el Decreto Nº 3 de que he hablado, es, indudablemente, un impuesto. El impuesto y la tasa dicen los tratadistas de derecho tributario tienen presupuestos distintos; el del primero es la riqueza individual, y el de la segunda, el servicio. Y cuando jurídicamente pueden surgir dudas sobre la naturaleza de un tributo, la comprobación de que la cuota impositiva es muy superior a la de la tasa, puede ser un notorio indicio de que la intención del legislador ha sido que el presupuesto del impuesto prevalezca sobre el de la tasa en la configuración del tributo (Aquille Donato Giannini "Instituciones de derecho tributario", edición española 1957, páginas 52, 53 y 54).

La tasa además debe fijarse dentro de los justos límites de la moral comercial. Es esto lo dicho en el artículo 2º de la Ley 109 de 1936, por el cual se dispuso que las tarifas y reglamentos de las empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio requerirían la aprobación del Gobierno. Pero puede entenderse que entre las finalidades de la ley al establecer tal revisión, no faltó la de procurar que las tarifas y reglamentos se mantuvieran dentro de los justos límites de la tasa para evitar así que una regulación se desviara hacia los términos del impuesto, y con origen en entidades sin competencia para ello".

El Decreto Nº 4 de 14 de septiembre de 1966 emanado igualmente de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y aprobado por la Superintendencia de Regulación Económica según Resolución Nº 567 de 17 de noviembre de 1966 preceptúa en sus fundamentales disposiciones:

"Artículo 1º Establécese el derecho de matrícula para toda nueva instalación que demande el servicio de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín.

Artículo 2º Este derecho se cobrará con base en el costo del terreno más el costo de la edificación que solicita el servicio y se liquidará aplicando los siguientes porcentajes sobre el avalúo catastral de la propiedad...".

No es necesario elaborar argumentaciones especiales para llegar a la conclusión de que con el llamado "derecho de matrícula" se revivió el llamado "derecho de abastecimiento" contemplado en el Decreto Nº 3 de 1959 anulado ya por el Consejo de Estado por haberse llegado a la conclusión de que dicha forma de cobrar una conexión para quienes solicitaran el servicio de acueducto en realidad no constituye una tasa sino un verdadero impuesto. En el decreto anulado se dice que el dere-

cho de abastecimiento será una cuota que deberán pagar todas las construcciones que soliciten a las Empresas Públicas el servicio de acueducto; en el decreto actualmente acusado se establece un derecho de matrícula para toda nueva instalación que demande el servicio de acueducto, es decir, que se vuelve al que antiguamente llamaba también "derecho de matrícula" y al cual se le cambió el nombre por "derecho de abastecimiento". Pero es de observar que en esencia se trata de una misma disposición, de un mismo sistema para cobrar las instalaciones del servicio de acueducto porque ha variado simplemente la redacción pero la esencia de la disposición ha permanecido intacta y se han dado más o menos las mismas bases para cobrar el servicio cuales son unos porcentajes sobre el avalúo de las propiedades.

La Junta de las Empresas Públicas de Medellín para dar fundamento a la disposición acusada invoca la Resolución número 12 de 10 de mayo de 1966 y el Decreto-ley 1653 de 1960 del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica (hoy Superintendencia Nacional de Precios). veamos entonces si tales disposiciones produjeron alguna innovación jurídica capaz de colocar el problema sobre nuevas bases y si en razón de aquéllas podría configurarse en este caso la causal prevista en la parte final del artículo 99 del Código Contencioso Administrativo cuando afirma que "a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

La Resolución número 12 de 10 de mayo de 1966 establece en el capítulo I, entre otras cosas lo siguiente:

> "En la determinación de las tarifas para los servicios de acueducto y alcantarillado debe tenerse en cuenta que el ingreso sea suficiente para cubrir los gastos que demanden tales servicios. En términos generales, estos gastos pueden provenir de algunos de los siguientes capítulos:...
>
> 3. **"Derechos de matrícula.** En el cobro de estos derechos se distinguen dos casos:
>
> a) En poblaciones menores de 50.000 habitantes todo nuevo suscriptor deberá pagar **a la Empresa que suministra el servicio una matrícula por el derecho de obtener la conexión al sistema de agua,** a excepción de aquellos consumidores residenciales clasificados en la primera categoría del cuadro de tarifas correspondiente. El pago de esta matrícula tendrá como base el de una conexión residencial de ½" que usa 30 M3 de agua por mes. El pago de la matrícula por servicios residenciales de mayor diámetro se establecerá en proporción al cuadro del diámetro de las conexiones de servicios. Para servicios mayores, destinados a comercio e industrias, el derecho de matrícula estará determinado en proporción directa al consumo mensual de agua...".

Por su parte la Superintendencia en la Resolución número 567 de 17 de noviembre de 1966 por medio de la cual aprobó el decreto acusado invoca las facultades del Decreto-ley 1643 de 1960 cuya parte pertinente dice:

"DECRETO NUMERO 1653 DE 1960
(15 de julio)

"Por el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica y se fijan sus funciones".

El Presidente de la República de Colombia

en ejercicio de sus facultades legales, de las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958 y en desarrollo del Decreto número 0550 de 1960, previo concepto favorable del Consejo de Ministros,

Decreta:

I. De la creación, objetivo y competencia

Artículo primero. Créase la Superintendencia de Regulación Económica como órgano de la rama ejecutiva, encargada de cumplir las funciones que se fijan en el presente decreto.

Artículo segundo. La Superintendencia de Regulación Económica ejercerá privativamente, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y con las que se establecen en el presente estatuto, las siguientes funciones:

a) Estudiar y aprobar con criterio económico y técnico, las tarifas del servicio público de transporte en sus ramas aérea, férrea, terrestre en general, marítima y fluvial;

b) Estudiar y aprobar con el mismo criterio indicado en el literal anterior, las tarifas y reglamentos de los servicios públicos de energía eléctrica, acueductos y alcantarillados y los demás que el Gobierno señale;

c) Estudiar y aprobar las tarifas de los espectáculos públicos de cine y de hoteles;

d) Vigilar el funcionamiento de las agencias de turismo;

e) Hacer los estudios de costo de producción y fijar, de acuerdo con ellos, los precios de los artículos de primera necesidad que por la legislación vigente deben ser controlados por el Gobierno;

f) Las demás que la ley o el Gobierno señalen".

Ya se vio cómo el llamado "derecho de matrícula" conocido así inicialmente y reaparecido después en las disposiciones de la Superintendencia y de las Empresas Públicas de Medellín es el mismo "derecho de abastecimiento" anulado por el Consejo de Estado en virtud de que se trata de un impuesto para cuya creación ninguna de las dos entidades están facultadas legalmente.

Y es evidente que tampoco podía establecerse tal derecho con fundamento en el decreto 1653 de 1960, porque según lo transcrito antes, dicha norma no confirió a la Superintendencia la facultad de estable-

cer impuestos sino la de estudiar y aprobar las tarifas y reglamentos de los servicios de energía eléctrica, acueductos, alcantarillados y otros servicios.

Ahora bien, para la mayoría de la Sala es evidente que el llamado "derecho de matrícula" es un impuesto y no una tasa y por ello se solidariza con los argumentos expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia atrás citada para anular el entonces llamado "derecho de abastecimiento" que tiene las mismas características del que está hoy sub judice. En efecto:

Una cosa es la tarifa o tasa que se cobra por un servicio público y otra muy distinta lo que se cobra por el mero hecho de solicitar ese servicio; una empresa debe realizar todas las obras que sean necesarias para poner al usuario en condiciones de utilizar el servicio, reservándose desde luego el derecho de fijar una tarifa costeable pero si además de la tarifa, cobra también una suma por la simple actividad que implica la solicitud para hacer uso de aquél, tal cobro va desborda los límites de la simple tasa para derivar en un impuesto. Pues bien, en el caso sub judice las Empresas Públicas de Medellín cobran no sólo una tarifa por el servicio de acueducto, sino además una suma adicional por la simple actividad de pedir o demandar la conexión del mismo. Es como si se cobrara una tarifa por el servicio de transporte y además una cantidad adicional por el solo hecho de tomar el turno para ocupar el vehículo, que bien pudiéramos calificar como "derecho de espera".

No puede negarse que hay una desproporción inmensa entre la actividad que deben realizar las Empresas para hacer la conexión del servicio y el valor que se paga por tener el derecho simple a obtenerla, que es un porcentaje sobre el avalúo catastral del inmueble respectivo. Se alega en contra que ese valor adicional hace parte del costo necesario para poner al ciudadano en condiciones de utilizar el servicio, pero precisamente en esto radica el desvío de la administración hacia una actividad impositiva para la cual no está facultada, por la desproporción evidente entre ese servicio específico y su costo y por la circunstancia ya anotada de que no sólo se cobra la tarifa, que puede ser todo lo elevada que se quiera, pero que supone como presupuesto esencial colocar al usuario en condiciones de utilizar el servicio, sino también una suma adicional para que pueda beneficiarse con el mismo.

A propósito de esto anota el doctor Esteban Jaramillo, autor que, no obstante la muchedumbre de teorías modernas, sigue siendo clásico en los problemas de Hacienda Pública por la claridad y fundamento científico de sus ideas:

"En concepto de los tratadistas de Hacienda Pública, para que el ingreso tenga el verdadero nombre de tasa, debe cubrir apenas los gastos de prestación del servicio y a lo sumo una módica utilidad para el Estado; pero si tales empresas son fuente de considerables utilidades para el Fisco, entonces revisten los caracteres de un verdadero impuesto. Así por ejemplo, si lo que se paga como porte de las cartas es aproximadamente lo que corresponde al costo del servicio postal, hay una tasa; mas si dichos portes dejan al Fisco una renta de consideración, entonces hay un impuesto". ("Tratado de ciencia de la hacienda pública", página 178).

En el caso que nos ocupa, paralelo a la tasa hay un cobro adicional por el simple hecho de solicitar una matrícula o conexión, sistema mediante el cual se obtiene un rendimiento considerable que por no guardar proporción con el beneficio que se presta, tiene el carácter de un verdadero impuesto para el cual no existe facultad, pese a que se invierta en las mismas obras del acueducto.

Una de las características esenciales del impuesto es su **obligatoriedad**, cosa que no ocurre con la tasa ya que tratándose de ésta, el ciudadano es libre de utilizar o no el servicio.

El señor apoderado de las Empresas, doctor Cayetano Betancur en su muy erudito alegato de conclusión presentado al Consejo insiste bastante en que al derecho de matrícula le falta la coercibilidad. Dice al respecto:

"Lo primero que salta a la vista es que el derecho de matrícula no es una tasa fiscal, porque falta la condición esencial a todo tributo o contribución que es la coercibilidad. La matrícula no es obligatoria en forma alguna. Al menos si hablamos de obligación en sentido estrictamente jurídico. Porque si por obligación entendemos la presión que ejercen sobre nosotros las necesidades de la vida, ya nos salimos del campo jurídico, penetramos en un terreno metajurídico en el cual ya ningún criterio es valedero. Porque en este sentido también sería un tributo, contribución o impuesto el que pagamos al taxi que tomamos en un momento de escasez e intensa lluvia, como también sería tributo todo precio cubierto en aquellos casos en que la demanda es excesiva y la oferta restringida a sus máximos extremos".

En forma alguna compartimos tales planteamientos. El derecho de matrícula es tan obligatorio que sin él el ciudadano no puede utilizar el servicio de acueducto. sin él, en consecuencia, no puede construir, porque las mismas autoridades le impedirían utilizar habitaciones sin que estén provistas de las condiciones higiénicas mínimas que proporciona el servicio de agua.

Por otra parte, no hay que llegar a los dominios de la metafísica para afirmar categóricamente que en el estado actual de la civilización un ciudadano puede darse el lujo de privarse de ciertos servicios que en principio quizá tuvieron la calidad de beneficios y aun de actividades suntuarias derivados de aquélla, pero que hoy se han convertido en necesidades ineludibles. Podrá pensarse que estamos en el "terreno metajurídico" cuando se afirma que hoy nadie puede darse la libertad de prescindir del servicio de acueducto para utilizar en cambio el colonial sistema de proveerse de agua a base de su transporte en los bucólicos asnos, estoicos y flemáticos? La civilización a la vez que nos trae grandes bienes cobra también su cuota de gastos y sacrificios inevitables y así, para usar otro ejemplo, no parece muy normal que en pleno siglo XX un ciudadano pueda darse la libertad un tanto excéntrica de prescindir de la bombilla eléctrica para quedarse con el viejo candil de los abuelos que apenas sí rompía débilmente las tinieblas de la noche.

El mismo apoderado de las Empresas, después de analizar el peritaje sobre financiación del servicio de acueducto, suscriptores, posibilidades de ensanche etc., destaca las consecuencias adversas que resul-

tarían, al aceptar la tesis de la demanda, para el progreso de las ciudades colombianas. Sobre el particular la Sala observa que eventualmente existen o deben existir medios para contrarrestar esos efectos; entre ellos indudablemente el más importante y efectivo sería que el legislador, en armonía con los mandatos constitucionales, autorizara a los municipios para crear el impuesto de matrícula o de abastecimiento o como se le quiera llamar; en esta forma tales entidades tendrían en sus manos un instrumento idóneo para atender a esos imperativos del progreso y desarrollo y no se verían en la necesidad de acudir a procedimientos y sistemas injurídicos.

Tenemos entonces que no habiéndole otorgado a la Superintendencia de Regulación Económica (hoy Nacional de Precios), el Decreto 1653 de 1960 la facultad de crear impuestos sino la de estudiar y aprobar las tarifas de algunos servicios públicos; y siendo como es el derecho de matrícula un impuesto, quedan sin base jurídica el numeral 3º del capítulo I de la Resolución 12 de 10 de mayo de 1966 y la Resolución número 567 de 17 de noviembre de 1966 por medio de la cual se aprobó el Decreto número 4 de 14 de septiembre del mismo año de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín.

De manera que el último de los requisitos previstos por el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo tampoco ha desaparecido toda vez que el decreto analizado no autoriza ni a la Superintendencia ni a las Empresas Públicas de Medellín para crear impuestos y subsiste entonces la categórica determinación del artículo 43 de la Constitución Nacional en virtud del cual "En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones".

El señor Fiscal colaborador en su muy fundamentada y jurídica vista, para sostener que las disposiciones acusadas deben anularse, expresa los siguientes conceptos que la mayoría de la Sala acoge por encontrarlos acordes con el pensamiento antes expresado:

"No es jurídico argumentar que el juez que conoce de un negocio en el cual se alegue la cosa juzgada pueda o no acoger los fundamentos jurídicos que tuvo la sentencia primitiva, pues si estos fundamentos jurídicos son los mismos ya no puede el nuevo fallador apartarse de ellos. Si así fuera nunca podría hablarse de cosa juzgada. La Corte ha dicho al respecto lo siguiente:

"Enseñan los doctrinantes —Chiovenda entre ellos— que la obligatoriedad de la cosa juzgada se refiere al juez de los procesos futuros; tiende a excluir no sólo una decisión contraria a la procedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, como consecuencia del principio de la consumación procesal y de la preclusión que tal fallo anterior contiene. La actividad jurisdiccional ha de desarrollarse una sola vez, y sobre los posibles errores del juez predominan las ventajas de la certeza jurídica". (Casación, 26 de noviembre de 1943).

"En tal forma que, para la Fiscalía, no queda duda de que, con relación al acuerdo número 4 de 1966 expedido por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín, y a la Resolución número 567 del mismo año, emanada del Director encargado de

la Superintendencia de Regulación Económica, se ha presentado el fenómeno de la cosa juzgada, si nos atenemos al artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue planteado el problema en el auto que resolvió sobre la suspensión provisional.

"Pero es necesario también considerar la cuestión en relación con el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo, esto es, plantearla desde el aspecto estrictamente administrativo, en donde la cuestión de la cosa juzgada tiene aspectos algo diferentes.

"Esta disposición prohibe terminantemente la reproducción de actos administrativos anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa. Para que surja la violación de esta norma es necesario que se reúnan los siguientes requisitos, según puede verse del memorial de la parte opositora:

"1º Un acto administrativo anulado ya por el Consejo de Estado.

"2º Reproducción en esencia del mismo acto administrativo.

"3º Identidad del funcionario o corporación que dictó el acto administrativo anulado y el acto nuevo cuya nulidad se solicita.

"4º Que con posterioridad a la sentencia de anulación del primer acto administrativo anulado no hayan desaparecido los fundamentos legales de la primera anulación o implícitamente no hayan surgido nuevas normas legales que fundamenten la nueva providencia.

"1º Es indiscutible el hecho de que el honorable Consejo de Estado anuló en sentencia fechada el 19 de diciembre de 1964 la Resolución número 1484 de 1959, proferida por el Ministerio de Salud Pública, en virtud de la cual se aprobó el Decreto número 3 del mismo año de 1959, dictado por la Junta Directiva del Establecimiento Autónomo Empresas Públicas de Medellín, y mediante el cual se creó el llamado derecho de abastecimiento.

"2º Que estos actos administrativos fueron reproducidos en esencia por el Decreto número 4 de 1966 emanado de la misma Junta Directiva del citado establecimiento público, y por la Resolución número 567 del mismo año proferida por el Director encargado de la Superintendencia de Regulación Económica, no puede ser objeto de la menor duda. Para hacer la anterior afirmación basta con observar las características del anulado derecho de abastecimiento y compararlas con las que tiene el llamado derecho de matrícula.

"En efecto, ambos derechos están constituidos por un porcentaje sobre el valor catastral de la propiedad raíz. Ninguno de los dos incluye el valor del contador, ni el de los materiales para la instalación domiciliaria. Ambos están establecidos como cuota de conexión que deben pagar las construcciones que soliciten o demanden el servicio de acueducto de las Empresas Públicas de Medellín. Y, en fin, los detalles establecidos para cada uno de ellos son bastante similares.

"3º Identidad de funcionarios o corporaciones que dictaron el acto complejo, anulado y el nuevo acto cuya nulidad se solicita. Podría pensarse que esta identidad no existe, pues el acto administrativo complejo anulado por el Consejo de Estado fue dictado por la Junta Directiva del Establecimiento Autónomo Empresas Públicas de Medellín y por el Ministerio de Salud Pública, y el nuevo acto demandado fue dictado por la misma Junta Directiva del citado establecimiento y por la Superintendencia de Regulación Económica. Pero es pertinente observar lo siguiente: El legislador ha querido, desde la vigencia de la Ley 109 de 1936 que las tarifas correspondientes a ciertos servicios públicos no sean fijadas libremente por los organismos que prestan tales servicios y por ello ha establecido que las tarifas requieran de la aprobación por parte del Gobierno Nacional, unas veces asignando esa función a un ministerio y otras a un organismo diferente. En el año de 1959, cuando se dictó el Decreto 03 proveniente de las Empresas Públicas de Medellín, la función revisora de aprobación de tasas y tarifas estaba adscrita al Ministerio de Salud Pública; pero en el año de 1960 se creó la Superintendencia de Regulación Económica y aquella función se atribuyó a este organismo. En tal forma que bien puede considerarse que el acto de aprobación y de revisión de tarifas de servicios públicos es dictado por el Gobierno Nacional, no importa el organismo de su dependencia al cual se le hayan asignado tales funciones. La resolución dictada por la Superintendencia de Regulación Económica para dar aprobación al Decreto 04 de las Empresas Públicas de Medellín tiene exactamente el mismo contenido, jurídico, la misma finalidad que el dictado por el Ministerio de Salud para dar aprobación al Decreto 03 de 1959, ya anulado. Por esto puede expresarse que jurídicamente hay identidad del funcionario que dictó los actos administrativos anulados y los demandados en el caso a estudio.

"4º Que con posterioridad a la sentencia de anulación no han desaparecido los fundamentos legales que sirvieron para decretar tal nulidad, es evidente. La sentencia dictada el 19 de diciembre consideró que se había violado el artículo 43 de la Constitución Nacional, pues que el derecho de abastecimiento era un impuesto y que como tal no podía ser establecido por entidades distintas a las señaladas en esa norma constitucional. Este artículo no ha sido derogado; luego los fundamentos jurídicos de la sentencia de anulación no han desaparecido.

"Se alega que hay fundamentos jurídicos nuevos esto es, disposiciones que no fueron contempladas ni analizadas anteriormente porque no existían. Tal el caso de la Resolución número 12 de la Superintendencia de Regulación Económica que autorizó a las empresas encargadas de prestar el servicio de acueducto para establecer el derecho de matrícula. Es jurídico afirmar que esta resolución no podía conceder tal autorización pues el Decreto 1653 de 15 de julio de 1960, creador de esa Superintendencia, no facultó a esta entidad para autorizar a su vez la creación de impuestos, y de conformidad con la tesis del Consejo de Estado en la sentencia de 1964, el derecho de abastecimiento o de matrícula, es un impuesto.

"De lo dicho concluye la Fiscalía que el Decreto número 4 de 1966, tantas veces citado, y la Resolución número 567 del mismo año, proferida por la Superintendencia de Regulación Económica, son violatorios del artículo 99 del Código Contencioso Administrativo.

"Pero además de esta norma ha sido violado el artículo 43 de la Constitución Nacional. Esta disposición ha sido violada no sólo por el acto complejo de fijación del derecho de matrícula, esto es por los actos citados en el párrafo inmediatamente anterior, sino igualmente por la Resolución número 12 de 1966, numeral 3º del capítulo I, emanada de la Superintendencia de Regulación Económica".

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

Falla:

1º Declárase nulo el numeral 3º del capítulo I, de la Resolución número 12 de 10 de mayo de 1966 emanada de la Superintendencia de Regulación Económica.

2º Declárase igualmente nula la Resolución número 567 de 17 de noviembre de 1966 de la misma Superintendencia, por medio de la cual se aprueba el Decreto número 4 del 14 de septiembre de 1966 originario de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín.

3º Es nulo el Decreto número 4 de 14 de septiembre de 1966 originario de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín "por el cual se establece el derecho de matrícula para las nuevas instalaciones de acueducto".

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada por la Sala en las sesiones de los días 9, 16, 23, 30 de octubre; 6, 13 de noviembre y aprobada por mayoría en la sesión del 26 de noviembre de 1969.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, con salvamento de voto: *Gustavo Salazar T.,* con salvamento de voto; *Blas Herrera Anzoátegui,* Conjuez.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Consejeros doctores Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar T.

Nuestra discrepancia se refiere tanto a la parte motiva como a la resolutiva del fallo por las siguientes razones que se presentan resumidas.

1. Se afirma que con el auto acusado se violó el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo porque es esencialmente igual al anulado por el Consejo según sentencia del 12 de diciembre de 1964. La parte final del precepto citado incluye la salvedad de que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación lo que, en nuestra opinión, ocurre en este caso.

El Decreto-ley 1653 de 1960 adscribió a la Superintendencia de Regulación Económica la facultad de "estudiar y aprobar con **criterio económico y técnico** las tarifas y reglamentos de los servicios públicos de energía eléctrica, acueductos y alcantarillados". Para que el ejercicio de esta función estuviera sujeto a reglamentos generales precisos, aquella dependencia por medio de la cual el Estado ejerce varias funciones de intervención en la economía pública y en la privada, expidió las reglas contenidas en la Resolución número 12 de 10 de mayo de 1966. por la que se permitió a las empresas administradoras de servicios de acueducto formar las tarifas de modo que una parte del precio del servicio se cobraría según las cantidades consumidas por cada usuario. habida cuenta de su condición económica y otra parte del precio en el momento de hacer la instalación o conexión. Esta resolución, posterior a la sentencia. configura un status legal diferente al que prevalecía en diciembre de 1964 cuando se dictó la primera sentencia.

En el régimen anterior a la Resolución número 12 de 1966 las tarifas eran elaboradas por cada empresa sin sujeción a regla general conocida y su aplicación estaba condicionada a imprecisa tutela administrativa que ejercía el Ministerio de Salud. En el régimen posterior, actualmente vigente, la preparación de las tarifas no es libre sino sujeta a reglamento preciso, en el que se faculta para cobrar el precio del modo ya descrito para que su resultado provenga de la aplicación de criterio económico y técnico. Este criterio no es noción vaga como podría pensarse a primera vista, sino extraordinariamente preciso. Sin necesidad de ser especialista en economía al examinar los factores constitutivos de una tarifa que es tanto como decir los de un precio. se verifica que si el servicio o la empresa han de subsistir con sus propios

medios, es decir con el fruto de la venta de su producto, el precio debe ser retribuyente o, como bárbaramente dicen los economistas, "costeable".

Al calcular los costos debe considerarse la magnitud de la inversión que constituye capital fijo y la necesidad de amortizar tal inversión, mantenerla en condiciones de operar correctamente, ensancharla para poder atender futuras demandas y reponerla cuando esté representada en bienes obsoletos. Además ha de tenerse en cuenta la magnitud del capital de trabajo necesario para los gastos de administración, la compra de materia prima, el valor de su procesamiento y el del mercadeo del producto. Obviamente, tales previsiones deben tener en cuenta la progresiva desvalorización de la moneda y, aun en las empresas de servicio público, la justa retribución del capital.

Como la cuantía de las inversiones para los servicios esenciales, en nuestros tiempos es muy grande, al conformar las tarifas o tasas o precios que han de pagar los usuarios, debe considerarse que la equidad, que es condición de la justicia, reclama que no se olvide la diferente capacidad económica de cada uno, precisamente para que al servicio puedan tener acceso hasta los más pobres. Recuérdese que un acueducto, por ejemplo, supone la construcción de grandes presas, túneles de descargue, plantas de purificación y miles de kilómetros de tuberías de distribución antes de que el agua se encuentre en la puerta del usuario. Y estas inmensas obras son permanentes porque el número de usuarios crece cada día.

Pensar, como lo expresa el fallo del que estamos disintiendo, que por los hábitos contemporáneos de higiene, el de acueducto es servicio que no debe mantenerse con el producto del precio pagado por los usuarios sino con cargo al tesoro general, es tanto como proponer que los impuestos generales sean aumentados sustancialmente para que los consumidores de agua puedan gastarla gratuitamente y por tanto sin verse compelidos a no malgastarla. Es punto de vista respetable que hasta ahora no ha compartido el Estado colombiano, ni patrocinado la ley, ni a nuestro juicio recomendable su aplicación. Probablemente sería sistema contrario a la equidad y a las conveniencias económicas de la comunidad. Por lo mismo nos parece inaceptable creer que la magnitud del derecho de abastecimiento liquidado sobre el valor catastral de costoso edificio, por resultar elevado (desde punto de vista absoluto pero no relativo), deja de ser tasa para convertirse en impuesto.

2. Para establecer y mantener los servicios públicos no hay sino dos caminos económicos: 1º Con cargo al Fisco, lo que demanda elevación de los tributos generales que deberían pagar aun los que no usen del servicio; y 2º Con cargo a los usuarios mediante el pago de precio que guarde relación con las cantidades usadas o gastadas y la capacidad económica del beneficiario.

Nosotros consideramos que el sistema legal vigente organiza el segundo de los caminos económicos y que el derecho de abastecimiento es parte del precio resultante de los costos bien calculados, es decir, con criterio técnico y económico. Lo contrario, lo que afirma el fallo, implica borrar las esperanzas de los futuros usuarios.

3. Como el derecho de conexión o de abastecimiento está vigente en todas las ciudades importantes tanto para el servicio de acueducto como para los de alcantarillado, energía eléctrica y teléfonos y como el mantenimiento y ensanche de tales servicios depende de empréstitos concedidos en atención a la existencia de tarifas retributivas que dan capacidad de pagar lo debido, las entregas de los préstamos cesarán tan pronto como se publique la sentencia y los servicios esenciales para la comunidad se paralizarán con todas las consecuencias sociales y económicas que son obvias e indeseables.

La interpretación de la ley ha de hacerse conforme a las cambiantes circunstancias de la vida de la comunidad y no tan sólo a su letra. Al aplicarla debemos desentrañar su sentido y necesidad o sea concebir la ley como institución con vida al servicio de la obligación de progreso del hombre. Así, la administración de justicia se convierte en instrumento de prosperidad, lo que significa, en su sentido contemporáneo, rendir culto al derecho. Lo contrario puede convertirse en culto a las yertas palabras de la ley.

Fecha ut supra.

Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar T.

SUPERINTENDENCIA DE REGULACION ECONOMICA

SILENCIO ADMINISTRATIVO.— Caducidad de la acción contenciosa.— No es aceptable la tesis de que cuando se hace uso del silencio administrativo el tiempo de prescripción empieza a contarse a partir del día en que se cumple el mes señalado por la ley para que se entienda negada la petición, porque acudir o no a la jurisdicción contenciosa en tal evento es opcional, ningún plazo se ha señalado para ello y donde no hay plazo para el ejercicio de una acción no puede operar el fenómeno prescriptivo.

SILENCIO ADMINISTRATIVO.— El hecho de haberse presentado demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por haberse operado el fenómeno del silencio cuando se ha interpuesto algún recurso o petición, hace que la administración pierda su competencia para pronunciarse y le está vedado tomar cualquier decisión.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

Ref.: Expediente Nº 982-1046. Actor: Distribuidora tolimense de gas Toligas. Autoridades nacionales. Nulidad de la Resolución Nº 664 de 26 de diciembre de 1967, dictada por el Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica.

El señor Alberto Rodríguez Guarnizo por conducto de apoderado y en su carácter de Gerente de "Distribuidora de gas Toligas" en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de la Resolución 664 de 26 de diciembre de 1967, emanada de la entonces Superintendencia de Regulación Económica en cuanto por ella se ordena al demandante cesar en las prácticas comerciales restrictivas denunciadas por el Gerente de la Sociedad "Suministradora Industrial de gas Ltda. Su Gas".

Hechos

La síntesis de los hechos en que se fundamenta la acción es así:

Distribuidora de gas, de propiedad del actor, es una empresa que tiene como objeto la distribución de venta de gas en la ciudad de Ibagué;

allí mismo existe la empresa denunciante que tiene el mismo objeto; Francisco Penalosa Castro como Gerente de Su Gas denuncio ante la Superintendencia de Regulación Economica a Toligas por supuestas actuaciones desleales constitutivas de competencia ilegal, afirmando que vende gas a los usuarios de Su Gas sin establecer previamente instalaciones propias domiciliarias, que emplea el equipo y los cilindros de Su Gas, los cuales están en poder de los usuarios como simples tenedores, cambia los cilindros de gas contramarcados con la leyenda "Propiedad de Su Gas" sin autorización de esta empresa. Con fundamento en lo que encontró acreditado en las diligencias administrativas, la Superintendencia expidio la resolución ya citada por medio de la cual se ordena a "Su Gas Ltda." cesar en sus procedimientos y además se le somete a la vigilancia de la Alcaldia de Ibagué por el término de un año.

Notificado el apoderado del actor interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación para ante el Consejo Directivo de la Superintendencia, pero como paso un mes sin que recayera decisión sobre los recursos, el actor consideró agotada la vía gubernativa y por ello procedio a la demanda de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959.

Disposiciones violadas y concepto de la violación

El actor señala como vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 31 y 32 de la Constitución Nacional; 1º y 2º, numerales 1º, 4º y 5º del artículo 11 de la Ley 155 de 1959; artículos 1757, 1761 y 1765 del Código Civil; 637 a 648 del Código Judicial, artículos 3º, 5º, 19 y 20 del Decreto 2908 de 1960; 2º y 3º de la Ley 24 de 1963 y artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Expresa que la Superintendencia para deducir el quebrantamiento de las normas invocadas parte del hecho de la existencia de un convenio entre "Su Gas Ltda." y los usuarios del cual se desprenden algunas obligaciones ineludibles para los mismos; sin embargo, tal convenio no está firmado por el usuario, ni tiene fecha cierta y carece de todo valor probatorio.

La misma entidad desconoció las circunstancias alegadas por Toligas en sus descargos en el sentido de que las instalaciones domiciliarias y el equipo de gas son de propiedad de los usuarios y no de la sociedad denunciante por lo cual no ha habido apropiación de ninguna clase. Que aceptando la realidad de los convenios ellos consagran un verdadero monopolio a favor de "Su Gas Ltda." mediante un contrato de adhesión.

Afirma también que en virtud de que se propuso una acción penal contra el Gerente de Toligas por una pretendida apropiación de cilindros de propiedad de "Su Gas Ltda." las autoridades administrativas han debido suspender su actuación hasta tanto se decida dicha acción, según lo ordena el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Con posterioridad a la presentación de la demanda el 10 de junio de 1968, la Superintendencia dictó la Resolución Nº 248 de 2 de agosto de dicho año por medio de la cual confirmó la Nº 664 del 26 de diciembre de 1967 ya demandada. Procedió entonces el demandante a

iniciar un nuevo juicio contra la indicada resolución confirmatoria; en él se pidió la suspensión provisional que fue negada por el sustanciador y confirmada la determinación por la Sala de Decisión. Posteriormente, a petición del Fiscal 4º doctora Aydee Anzola Linares se decretó la acumulación en providencia de 20 de febrero de 1969. Consecuencialmente en este fallo se deciden los dos procesos acumulados, advirtiendo que no se hace relación especial de la segunda demanda porque los planteamientos son exactamente iguales a los de la primera.

La sociedad suministradora de gas "Su Gas Ltda." como parte interesada en que se mantenga la disposición demandada se hizo parte en el juicio por conducto de su apoderado el doctor Mario Suárez Paz quien solicitó la práctica de algunas pruebas y presentó alegato de conclusión. También alegó en la debida oportunidad el señor apoderado de la empresa demandante doctor Miguel González Rodríguez. El señor Fiscal 3º del Consejo en su vista conceptuó que debían negarse las súplicas de la demanda. Como está agotado el trámite legal, procede el Consejo de Estado a pronunciarse sobre el problema debatido para lo cual,

Se considera

El señor apoderado de Su Gas propuso la excepción de prescripción afirmando que la providencia acusada fue notificada el 3 de enero de 1968, que a partir de esa fecha debe contarse el término de 4 meses fijado por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, plazo que venció el 3 de mayo y que como la demanda se presentó el 10 de junio ya la acción había prescrito.

No tiene razón el excepcionante por lo siguiente:

El señor apoderado de Toligas interpuso contra esa providencia, en forma oportuna, recurso de reposición y el subsidiario de apelación; en auto de 23 de enero de 1968, se negó la reposición y se concedió la apelación; como hubiese pasado un mes sin que dicha dependencia hubiera resuelto el recurso, el actor procedió a demandar. Ahora bien, la ley no obliga a hacer uso del silencio administrativo para proceder a la demanda, queda a opción del interesado utilizarlo o no, esto es, esperar a que la administración se pronuncie sobre los recursos interpuestos o la petición hecha, o acudir a la jurisdicción contenciosa una vez que se haya configurado el fenómeno del silencio administrativo; esto puede hacerlo en cualquier momento en que lo considere oportuno sin que opere para la acción originada en tal fenómeno el evento de la prescripción. Esto significa que no es aceptable la tesis de que cuando se hace uso del silencio administrativo el tiempo de prescripción empieza a contarse a partir del día en que se cumple el mes señalado por la ley para que se entienda negada la petición, porque, como ya se anotó, acudir o no a la jurisdicción contenciosa en tal evento es opcional, ningún plazo se ha señalado para ello y donde no hay plazo para el ejercicio de una acción no puede operar el fenómeno prescriptivo.

Un punto que también debe estudiarse, aunque no tiene mayor influencia para la decisión de este litigio, es el de saber si por el hecho de haberse presentado demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa por haber operado el fenómeno del silencio administrativo cuando se ha interpuesto algún recurso o se ha hecho una petición, la

administración conserva aún la facultad jurídica de pronunciarse o por el contrario ha perdido su facultad decisoria por haber ya avocado las autoridades jurisdiccionales el conocimiento del problema. Esto en virtud de que la resolución de la Superintendencia Nº 248 por medio de la cual confirmó la que hoy está sub judice fue dictada después de que se había admitido la demanda e inclusive comunicado su admisión.

Aunque la doctrina ha tenido algunas vacilaciones sobre el particular, nuestro concepto sobre este punto es el siguiente: el interesado puede no hacer uso de la facultad que le otorga el silencio administrativo y esperar a que la administración se pronuncie sin que tenga peligro de caducidad de la acción ante el contencioso porque mientras el asunto está para la decisión de las autoridades administrativas, a éstas corresponde la carga del impulso procesal y no a los ciudadanos. Pero si el actor una vez vencido el tiempo que la ley señala para que se configure el fenómeno del silencio administrativo, acude a la jurisdicción contenciosa, es claro que la administración pierde ya su competencia para pronunciarse y le está vedado tomar cualquier decisión, en virtud de que tal competencia se ha desplazado hacia la autoridad jurisdiccional quien actúa partiendo de la presunción establecida por la ley (Decreto 2733 de 1959 artículo 18) de que se ha agotado la vía gubernativa con decisión negatoria pasado un mes de interpuestos los respectivos recursos o peticiones.

Es necesario también resolver previamente otro punto planteado por el señor Fiscal en la forma siguiente:

> "La Fiscalía quiere plantear un aspecto importante en el problema que se debate y por ello se pregunta: "Puede la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, el honorable Consejo de Estado, hacer un análisis de los elementos probatorios recogidos en el proceso gubernativo, distinto al que hizo la administración? Es necesario responder: No. Es que el juicio que se ha instaurado es una acción de plena jurisdicción y como tal para que el acto administrativo acusado pudiera anularse sería indispensable que apareciera violatorio de una norma superior, cuestión que no se configura, según el concepto de violación expresado por el demandante. Se pretende únicamente que esta jurisdicción haga un enfoque distinto de los medios probatorios allegados en la etapa gubernativa. Este juicio no es de revisión, pues si lo fuera nada impediría que se hiciera ese nuevo análisis probatorio. Tal ocurre por ejemplo en los juicios de revisión de patentes, de impuestos y de pensiones, en donde es permitido al juez administrativo volver sobre la prueba analizada por la administración, pero no en esta clase de acciones donde el acto se presume dictado en forma legal y en donde la administración goza de cierta autonomía y libertad para analizar la prueba. Esta libertad de apreciación probatoria surge nítida y clara de los artículos 12, 13 y 14 de la ley antimonopolística".

La Sala no comparte dicho planteamiento. La autoridad administrativa para dictar la resolución acusada practicó una serie de pruebas y en razón de ellas llegó a la conclusión de que sí se habían configurado los actos violatorios de la Ley 155 de 1959 sobre prácticas restrictivas del comercio. Tiene ahora el Consejo la misión esencial de

examinar si tales pruebas realmente dieron base suficiente a la Superintendencia para llegar a la conclusión de que se había violado la ley, y si fueron estudiadas y valoradas con criterio científico. Toca precisamente a la jurisdicción contencioso administrativa establecer el control sobre la forma de actuación de las autoridades administrativas para tomar determinadas resoluciones y para ello debe examinar los fundamentos de hecho y de derecho que tuvieron en cuenta en sus determinaciones lo mismo que las pruebas que le sirvieron de base para las mismas. De manera que aunque no se trate de un proceso de revisión como es el de impuestos, los antecedentes administrativos juegan un papel importante y a veces decisivo que puede y debe ser analizado por la jurisdicción contencioso administrativa.

Ha pedido el actor que se suspenda este juicio mientras se decide el proceso penal iniciado contra el Gerente de Toligas por el presunto hurto de unos cilindros de propiedad de Su Gas Ltda. dando aplicación al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. No considera la Sala que sea el caso de dar aplicación a ese artículo en este proceso. En efecto:

La suspensión del proceso civil o administrativo debe decretarse cuando el asunto que se investigue en el proceso penal tenga influencia decisiva en la determinación que ha de tomarse en aquéllos, apreciación que queda al prudente criterio del fallador. El resultado de la investigación que se está haciendo sobre el presunto hurto de los cilindros no tiene influencia decisiva en este juicio porque, como luego se analizará, hay pruebas suficientemente idóneas, independientes de la que pueda resultar de una condena en el proceso penal, que demuestran con toda claridad que ciertamente la compañía distribuidora de gas "Toligas" ha empleado prácticas restrictivas del comercio en perjuicio de Su Gas.

Además no debe perderse de vista que el proceso penal se adelanta contra el señor Alberto Rodríguez Guarnizo en su calidad de Gerente de Toligas y que una eventual condena a dicho señor no puede considerarse como condena de la sociedad porque éstas como tales no son punibles, principio por demás conocido en el derecho penal.

Entra ahora la Sala a analizar el fondo del problema jurídico que dio origen a este litigio:

El señor Francisco J. Peñalosa denunció ante la Superintendencia Nacional de Precios, obrando en calidad de Gerente de una sociedad distribuidora de gas domiciliada en Ibagué y que actúa bajo la razón social de "Su Gas Ltda." a otra compañía que tiene el mismo objetc social y que gira bajo la razón social de "Distribuidora de gas Toligas" por el empleo de prácticas comerciales restrictivas contra la sociedad que él gerencia, consistente dichos actos en que la empresa denunciada vende gas a los usuarios de la sociedad denunciante sin hacer previamente instalaciones propias domiciliarias, emplea equipo y cilindros de propiedad de "Su Gas Ltda." y que los usuarios tienen en su poder como simples tenedores, cambia los cilindros contramarcados con la leyenda "Propiedad de Su Gas", sin autorización de dicha compañía, otras veces vende gas en cilindros sin ninguna marca enunciándolo como de Su Gas y ha realizado otras actividades tendientes a crear con-

fusión en la clientela que desorientada por esas prácticas, compraba muchas veces a Toligas creyendo que se trataba de comprar gas a la sociedad denunciante.

La Superintendencia luego de una seria y exhaustiva investigación llegó al convencimiento de que ciertamente la sociedad Toligas había violado varios artículos de la Ley 155 de 1959 y dictó entonces la Resolución Nº 664 de 26 de diciembre de 1967 por medio de la cual dispuso:

a) Ordenar a Luis Alberto Rodríguez Guarnizo propietario de Toligas, abstenerse de continuar las prácticas comerciales restrictivas denunciadas por el Gerente de Su Gas;

b) Someter a la vigilancia de la Alcaldía de Ibagué, por el término de un año, a la empresa indicada para controlar la distribución y venta de gas propano en la ciudad de Ibagué;

c) Igualmente advirtió al Gerente de Toligas que si persistía en las actividades indicadas, se procedería a la tramitación de las sanciones pertinentes establecidas en el artículo 14 de la Ley 155 de 1959.

De las numerosísimas pruebas practicadas, la Sala analizará las que considera de mayor importancia para dilucidar si fue fundamentada y es jurídicamente aceptable la determinación tomada por la oficina sancionadora:

De acuerdo con las declaraciones de Cayetano Morales, Miguel Ocampo Alarcón, Gustavo Mazuera Rueda y Olga Varón de Liévano, recibidas en el Juzgado 3º Penal Municipal y ratificadas luego ante los funcionarios de la Superintendencia, los empleados de la compañía Toligas realizaron maniobras engañosas para cambiar los cilindros de la compañía denunciante por los de propiedad de Toligas, haciendo creer a los usuarios de Su Gas que se trataba de una misma compañía. Dice, por ejemplo, Olga Varón de Liévano que un día cualquiera fueron los señores de Toligas a llevarle un cilindro de esa sociedad afirmando que se trataba de uno de Su Gas, que posteriormente regresaron con el mismo fin y al hacerles el respectivo reclamo manifestaron que ambas empresas eran la misma cosa. (Folios 36 a 43 cuaderno 3).

El sargento Manuel Cabezas Flórez dice entre otras cosas lo siguiente en su declaración:

> "Hace aproximadamente mes y medio llegó al casino de suboficiales una comioneta distribuidora de gas, que no era la misma de la distribuidora de Su Gas que es la que nos ha venido suministrando el gas para las estufas. Yo me di cuenta de que no eran de Su Gas, porque yo conozco a los que distribuyen el gas de Su Gas les pregunté entonces a qué se debía el cambio de vehículos y de empleados, porque no eran los mismos que yo conocía como de la empresa Su Gas a lo cual ellos me contestaron que pertenecían a la misma compañía de Su Gas y que el cambio de vehículo y de personal que lo distribuía, se debía al cambio de zona de distribución, pero que eran de la misma compañía Su Gas que por lo tanto era lo mismo".

Una prueba de mucha importancia es el informe de un funcionario de policía quien en cumplimiento de una comisión del Juzgado 7º

Penal Municipal de Ibagué practicó una inspección al sitio en donde están ubicadas las instalaciones de Toligas al margen izquierdo de la carretera de Ibagué; allí se encontraron doscientos trece (213) cilindros contramarcados con la leyenda "Propiedad de Su Gas"; se dejó también en el acta de inspección cuya copia auténtica obra a folios 9 y 10 del cuaderno 3 la siguiente constancia: "Como se observa en las fotografías Nos. 1, 2 y 3 anexas al presente informe, muchos cilindros aparecen con pintura blanca superpuesta en el cabezote y con el distintivo de "Toligas" palabra ésta en rojo, habiendo sido necesario emplear medios químicos para localizar la leyenda "Propiedad de Su Gas".

No se examinan otros testimonios que dan idea clara de las prácticas vedadas que se emplearon por la sociedad acusada en atención a que fueron tachados por el señor apoderado de Toligas por ser dependientes de la compañía acusadora, de conformidad con los artículos 669 y 672 del Código Judicial.

Preceptúa el artículo 11 de la Ley 155 de 1959 por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas:

"Se considera que constituyen actos de competencia desleal, los determinados como tales en las convenciones y tratados internacionales, y especialmente lo siguiente:

1º Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.

4º Los medios o sistemas encaminados a obtener una desviación de la clientela, por actos distintos a la normal y leal aplicación de la ley de la oferta y la demanda.

5º Los medios o sistemas encaminados a crear una desorganización general del mercado...".

Las pruebas que obran en el expediente administrativo, que la Sala ha examinado con todo cuidado y de las cuales se han destacado algunas que demuestran plenamente los hechos denunciados por la compañía "Su Gas Ltda." llevan a la conclusión evidente de que la compañía Toligas dentro de su sistema competitivo incurrió en las causales señaladas y que sirvieron a la Superintendencia Nacional de Precios para imponer las sanciones que se dejaron relacionadas y que por cierto no fueron demasiado drásticas porque esa dependencia se limitó hacer una prevención a la compañía denunciada y a someterla durante un año, que ya venció, a la vigilancia de la Alcaldía de Ibagué; de tal suerte que se optó como es apenas prudente por un camino de prevención suave sin acudir a otras medidas mucho más graves que establece la ley tales como prohibición de funcionamiento de la empresa y multas que pueden ascender hasta la suma de $ 500.000.00. Por esta razón la Sala encuentra jurídica la resolución acusada y no habrá de anularla.

Pero no puede el Consejo de Estado menos de dejar la constancia expresa en esta providencia de que en su concepto la compañía denunciante "Suministradora de gas Su Gas Ltda.", según las pruebas que obran en el expediente puede que haya incurrido en prácticas monopolísticas tendientes a concentrar en ella la distribución del gas en la

ciudad de Ibagué y por ello habrá de disponer que la Superintendencia Nacional de Precios investigue estos hechos.

En efecto, los contratos presentados por la misma compañía visibles a folios 5 y 6 del cuaderno 3 y que son los mismos que se hacen firmar a los usuarios, son de tal manera ventajosos para la empresa y onerosos para los suscriptores, que bien puede decirse que todas las prerrogativas son para la sociedad y reúnen todas las características de un típico contrato de adhesión. Una de esas cláusulas dice lo siguiente:

"El suscriptor se obliga para con la compañía...

3º A comprar **exclusivamente** a la compañía en los lugares de expendio establecidos por ésta, todo el gas que requiera para el uso del equipo a que se refiere el presente convenio. Estas compras las hará el suscriptor entregando un cilindro vacío con su válvula y su tapa, en buen estado y recibiendo en cambio otro cilindro lleno en las mismas buenas condiciones, mediante el pago de las tarifas correspondientes".

Además, como se deduce de las declaraciones de los señores Baudilio Hoyos Aguilar, Juan de la Cruz Londoño Mejía, José Ramírez e Irma Suárez Olaya (folios 105 a 114 cuaderno 3), los contratos para exclusividad de ventas se hacían firmar por el término de veinte años; no obstante que según afirman los mismos testigos ellos habían pagado los cilindros, se les obligó a declarar que eran simples tenedores de los mismos y además firmaron bajo la amenaza de la suspensión del servicio en los momentos en que esa empresa era la única distribuidora de gas. Es muy diciente lo que dice al respecto el testigo José Ramírez:

> "Hace unos cinco años compré en el Almacén de los señores de Su Gas una estufa de gas y dos cilindros de 20 libras, compra que hice a crédito. Los cilindros eran de llave, pero como a los 2 meses, más o menos me los cambiaron por unos cilindros de presión. Cuando me hicieron ese cambio, me presentaron para la firma un convenio impreso, en varias copias en papel común; me dijeron que si no firmaba ese convenio, no me seguían suministrando gas y no tenía más a quién comprarlo, porque en Ibagué en ese tiempo no había más distribuidoras de gas. Yo leí ese convenio antes de firmarlo y recuerdo que en él decía que me garantizaban el servicio de suministro de gas por veinte años y que pasados esos veinte años, los cilindros quedarían de propiedad de la empresa Su Gas, y hasta me dijeron que después de 20 años cilindros (sic) ya no servirían para nada. El que me llevó el convenio para mi firma fue un empleado de Su Gas. Yo firmé el convenio, porque como en Ibagué no había otra distribuidora de gas que Su Gas y no podía quedarme sin gas, no tenía más remedio que dirmarlo (sic) y así lo hice" (fl. 111 cuaderno Nº 3).

A esto se agrega que según se deduce de la declaración de Víctor Manuel Lache parece que el señor Francisco Peñalosa desempeñó simultáneamente las funciones de Gerente de Su Gas y Alcalde de Ibagué.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo en parte con su Fiscal

colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º No se accede a las súplicas de la demanda.

2º Envíese copia de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Precios a fin de que investigue las posibles prácticas monopolísticas realizadas en la ciudad de Ibagué por la compañía suministradora de gas Su Gas Ltda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 11 de diciembre de 1969.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

CAPITULO CUARTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES Y ANULACIONES DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

MINISTERIO DE TRABAJO

JORNADA MAXIMA DE TRABAJO.— Decrétase la nulidad del numeral 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 995 de 26 de junio de 1968, en cuanto establece que las direcciones regionales del trabajo podrán autorizar excepciones a la duración máxima de trabajo; en cuanto al carácter temporal de tales excepciones; en cuanto al límite de dos horas diarias en que se permite exceder la jornada máxima de trabajo y en cuanto que el tiempo autorizado en total durante el año calendario no podrá exceder, en ningún caso, de trece semanas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Andrés Holguín**).

El doctor Carlos del Castillo, mayor y vecino de Bogotá, obrando en su propio nombre y ejercitando la acción consagrada por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, instauró demanda el 24 de septiembre de 1968 ante el Consejo de Estado, con el objeto de que se declare parcialmente nulo el artículo primero del Decreto 995 de fecha 26 de junio de 1968, por violación del artículo 1º de la Ley 73 de 1966.

El texto del artículo acusado dice:

"Artículo primero. 1. Ni aun con el consentimiento expreso de los trabajadores, los empleados podrán, sin autorización especial del Ministerio del Trabajo, hacer excepciones a la jornada máxima legal de trabajo.

2. La Dirección Regional del Trabajo correspondiente, o en su defecto el Inspector del Trabajo del lugar, podrán autorizar excepciones temporales a la duración de la jornada máxima legal, cuando los empleadores tengan necesidad de hacer frente a aumentos extraordinarios de trabajo, imprevistos o que se repitan anualmente por cortos períodos, hasta por dos horas diarias y doce (12) horas semanales como máximo, sin que el tiempo autorizado en total durante el año calendario exceda, en ningún caso, de trece (13) semanas.

"3. A un mismo tiempo con la presentación de la solicitud de autorización para trabajar horas extraordinarias en la empresa, el em-

pleador debe fijar, en todos los lugares o establecimientos de trabajo, por lo menos hasta que sea decidido lo pertinente por el Ministerio del Trabajo, copia de la respectiva solicitud: el Ministerio, a su vez, si hubiere sindicato o sindicatos en la empresa, les solicitará concepto acerca de los motivos expuestos por el empleador, y les notificará de ahí en adelante todas las providencias que se profieran.

"4. Concedida la autorización, o denegada, el empleador debe fijar copia de la providencia en los mismos sitios antes mencionados, y el sindicato o los sindicatos que hubiere tendrán derecho, al igual que el empleador, a hacer uso de los recursos legales contra ella, en su caso.

"5. Cuando un empleador violare la jornada máxima legal de trabajo, y no mediare autorización expresa del Ministerio del Trabajo para hacer excepciones, dicha violación, aun con el consentimiento de los trabajadores de su empresa, será sancionada de conformidad con las normas legales".

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 73 de 1966, que el demandante estima violado, dice así:

"Artículo 1º Las actividades no contempladas en el presente artículo sólo pueden exceder los límites señalados en el artículo anterior, mediante autorización expresa del Ministerio del Trabajo y de conformidad con los convenios internacionales del trabajo ratificados. En las autorizaciones que se concedan se determinará el número máximo de horas extraordinarias que pueden ser trabajadas, las que no podrán pasar de doce (12) semanales, y se exigirá al patrono llevar diariamente un registro del trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobrerremuneración correspondiente.

"El patrono está obligado a entregar al trabajador una relación de las horas extras laboradas, con las mismas especificaciones anotadas en en el libro de registro".

Dice el actor, al explicar el objeto de la demanda, lo siguiente:

"Por cuanto se solicita la nulidad parcial del artículo acusado, estimo necesario precisar que ésta se concreta a los casos con base en los cuales la norma sub judice prevé que las correspondientes Direcciones Regionales del Trabajo podrían autorizar excepciones a la duración de la jornada máxima de trabajo: a la temporalidad de estas excepciones; al límite de dos (2) horas diarias en que se permite exceder la jornada máxima de trabajo y, finalmente, el tiempo de trece (13) semanas, término que no podría sobrepasarse durante el año calendario en las autorizaciones".

En auto de fecha 26 de noviembre de 1968, el Consejero sustanciador admitió la demanda y dispuso darle el trámite legal. Y, además, decretó la suspensión provisional del numeral 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 995 de 26 de junio de 1968, en cuanto establece que las Direcciones Regionales del Trabajo podrán autorizar excepciones a la duración máxima de trabajo: en cuanto al carácter temporal de tales excepciones; en cuanto al límite de dos horas dia-

rias en que se permite exceder la jornada máxima de trabajo y en cuanto que el tiempo autorizado en total durante el año calendario no podrá exceder, en ningún caso, de trece (13) semanas.

El juicio ha sido tramitado regularmente ante el Consejo de Estado. Durante este trámite, emitió concepto de fondo el señor Fiscal Tercero de la corporación, quien estimó que el Consejo debe acceder a las peticiones de la demanda. Finalmente, en auto de 10 de septiembre de 1969 se citó a las partes para sentencia. Ha llegado, pues, la oportunidad de dictarla y a ello procede la Sala con base en las siguientes

Consideraciones

Ya en el citado auto de 26 de noviembre de 1968, la Sala Unitaria hubo de analizar las cuestiones planteadas por el demandante, doctor Del Castillo, llegando a la conclusión de que, efectivamente, la norma acusada quebranta ostensiblemente el artículo 1º de la Ley 73 de 1966, motivo por el cual se decretó la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 995 de 1968, en los aspectos indicados atrás.

En la citada providencia de suspensión provisional se lee:

"El artículo 1º de la Ley 73 de 1966, reglamentado por la norma impugnada, dice que "las actividades no contempladas en el presente artículo sólo pueden exceder los límites señalados en el artículo anterior (sic), mediante autorización expresa del Ministerio del Trabajo y de conformidad con los convenios internacionales del trabajo ratificados...".

"Surgen, así, dos dificultades para una recta interpretación del citado artículo primero: por una parte esa disposición no hace, en realidad, una relación de actividades, para que pueda determinarse cuáles son las "no contempladas" en tal artículo; y, por otra, agrega que sólo pueden exceder los límites señalados en "el artículo anterior" siendo obvio que no hay tal artículo anterior.

"Sin embargo, estas dos dificultades de interpretación no inciden sobre las cuestiones de fondo planteadas en la demanda.

"De todos modos, el artículo 1º de la Ley 73 estatuye que las actividades no contempladas en esa disposición sólo pueden exceder los límites señalados, debe entenderse, en el Código Sustantivo del Trabajo, "mediante autorización expresa del Ministerio del Trabajo y de conformidad con los convenios internacionales del trabajo ratificados".

"Estima el demandante que esa norma ha sido quebrantada en cuanto el artículo 1º del Decreto 995 de 1968 establece tres eventos en los cuales las autoridades pueden conceder autorizaciones excepcionales y temporales para exceder la jornada máxima de trabajo".

"...cuando los empleadores tengan necesidad de hacer frente a aumentos extraordinarios de trabajo, imprevistos o que se repitan anualmente por ciertos períodos...".

"Este primer cargo debe prosperar, ya que, efectivamente, la disposición legal exige la autorización expresa del Ministerio del Trabajo,

para que pueda exceder el límite de la jornada máxima y ello de conformidad con los tratados internacionales ratificados, al paso que la disposición del decreto establece excepciones no contempladas en la norma superior. Dice el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 995:

"La Dirección Regional del Trabajo correspondiente, o en su defecto el Inspector del Trabajo del lugar, podrán autorizar excepciones temporales a la duración de la jornada máxima legal, cuando los empleadores tengan necesidad de hacer frente a aumentos extraordinarios de trabajo, imprevistos o que se repitan anualmente por cortos períodos, hasta por dos (2) horas diarias y doce (12) horas semanales como máximo, sin que el tiempo autorizado en total durante el año calendario exceda, en ningún caso, de trece (13) semanas".

"Dice la demanda al comentar esta norma:

"Salta a la vista que hay una gran diferencia entre una ley que permite ciertas autorizaciones que debe conceder una autoridad administrativa a lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo ratificados y su decreto reglamentario que las limita a la ocurrencia de tres eventos no previstos por la primera y que además no se desprenden de su texto ni son precisos para su cumplida ejecución. Lo primero por cuanto de la simple lectura de la ley se concluye inequívocamente que de ella no es posible deducir directamente las reglas a que debe someterse el Ministerio del Trabajo para conceder las autorizaciones: lo segundo porque también de la sola lectura de la ley se tiene que ella condiciona su ejecución a las normas internacionales a que se refiere, resultando por ende inútil la disposición reglamentaria acusada que indica taxativamente los tres eventos sobre los cuales podrían fundarse los permisos ya aludidos".

"Y todavía conviene señalar que el artículo 1º de la Ley 73 de 1966 es, en el aspecto indicado, una norma en blanco cuya efectividad se somete a otras disposiciones de contenido variable, sea que se modifiquen, deroguen o denuncien los convenios internacionales a que se refiere. En cambio, la norma acusada, que es general y de carácter permanente dado que la facultad reglamentaria se agota con su ejercicio, condiciona la ejecución de la ley reglada a los tres eventos enunciados lo cual conduce necesariamente a restringir o ampliar el alcance de la misma, según estén o no contenidos éstos en los dichos convenios.

"Claro está que no puede descartarse la posibilidad teórica de que en algunos de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia existan como causales para hacer excepciones a la jornada máxima de trabajo las previstas por el numeral 1º de la norma violatoria; con todo, ello en manera alguna la purgaría del vicio de nulidad por cuanto en este evento el decreto reglamentario estaría incorporando a la ley los principios a los cuales ella ha condicionado su ejecución, principios que, en este caso son externos y distintos de la misma. Y es sabido que en ejercicio de la facultad reglamentaria los decretos que se dicten deben estar contenidos en la ley y tienen como límite las necesidades de su ejecución sin que puedan tomar elementos extraños a ésta aun cuando ellos estén vinculados a su cabal cumplimiento".

"Estos conceptos del demandante están plenamente fundados, pues son un comentario acertado de la disposición legal y de la norma reglamentaria.

"De otro lado, es cierto que la ley no distingue entre autorizaciones temporales y permanentes y, por tanto, la distinción que al respecto establece el decreto resulta violatoria de la ley reglamentada. Esta última, como lo dice igualmente el actor, no habla del límite máximo de trece (13) semanas durante el año calendario ni de las dos horas diarias a que alude la disposición impugnada. En esos aspectos, también tiene razón el demandante".

La Sala acoge hoy los planteamientos y conclusiones del Consejero sustanciador, motivo que sería ya suficiente para despachar favorablemente las peticiones contenidas en el libelo, ya que las razones que sirvieron de fundamento para decretar la suspensión de la norma son igualmente valederas para decretar, ahora, su nulidad, siendo de observar que, aunque el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social fue informado de la providencia de suspensión provisional (como consta en el oficio número 10212 de 29 de agosto de 1969, dirigido al Consejo de Estado por el señor Secretario General del Ministerio, visible a folios 28 y 29 del expediente) no se hizo representar dentro del juicio por apoderado especial ni formuló alegación alguna tendiente a desvirtuar las razones expuestas en el mencionado proveído de 26 de noviembre de 1968.

Además, en la vista de la Fiscalía Tercera, que estudia acertadamente el problema planteado por el actor, se lee:

"Como dice el honorable Consejero sustanciador, en el auto del 26 de noviembre de 1968, surgen "así, dos dificultades para una recta interpretación del citado artículo primero: por una parte esa disposición no hace, en realidad, una relación de actividades, para que pueda determinarse cuáles son las 'no contempladas' en tal artículo; y, por otra, agrega que sólo pueden exceder los límites señalados en 'el artículo anterior', siendo obvio que no hay tal artículo anterior".

"No obstante, del contenido de la Ley 73 de 1966, se desprende que el artículo 1º de dicha norma se refiere a los artículos 161 y 162 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En estas condiciones, ese artículo 1º quedaría así: Las actividades **no contempladas en el artículo 162** del Código del Trabajo sólo pueden exceder los límites establecidos en el artículo anterior (161), **mediante autorización expresa** del Ministerio del Trabajo y de conformidad con los convenios internacionales del trabajo ratificados. En las autorizaciones que se concedan se determinará el número máximo de horas extraordinarias que puedan ser trabajadas, **las que no podrán pasar de doce (12) semanales**...

"Sin embargo, al estudiar el concepto de las violaciones, y ante el texto del artículo 2º de la Ley 73 de 1966, surge otra confusión acerca de si la norma cuya nulidad solicita el doctor Carlos Del Castillo hace relación a aquél o al 1º de la misma ley.

"El artículo 2º de la Ley 73 de 1966, reza:

"Artículo 2º Excepciones en casos especiales.

"El límite máximo de horas de trabajo previsto en el artículo 161 puede ser elevado por orden del patrono y sin permiso del Ministerio del Trabajo, por razón de fuerza mayor, caso fortuito, de amenazar u ocurrir algún accidente, o cuando sean indispensables trabajos de urgencia que deban efectuarse en las máquinas de la empresa, pero únicamente se permite el trabajo en la medida necesaria para evitar que la marcha normal del establecimiento sufra una perturbación grave. El patrono...".

"De lo anterior, se desprende lo siguiente:

"1º El límite establecido en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo sólo puede ser elevado, para aquellas actividades no contempladas en el 162 ibídem, mediante autorización expresa del Ministerio del Trabajo.

"2º El patrono podrá aumentar el límite máximo de la jornada laboral, previsto en el artículo 161, para aquellas actividades que contempla ese artículo, y sin permiso del Ministerio del Trabajo, "por razón de fuerza mayor, caso fortuito, de amenazar u ocurrir algún accidente...".

"Para el primer caso, es necesario una autorización del Ministerio mientras que para el segundo tal autorización no constituye un requisito. Así, pues, es lógico concluir que el artículo 1º del Decreto 995 de 1968 alude al 1º de la Ley 73 de 1966 como que aquél dice (numerales 1º y 2º) que, de un lado, ni "aun con el consentimiento expreso de los trabajadores, los empleadores podrán, **sin autorización especial del Ministerio**, hacer excepciones a la jornada máxima legal de trabajo" y, de otro, que la "Dirección Regional del Trabajo correspondiente, o en su defecto el Inspector del Trabajo del lugar, **podrán autorizar excepciones** temporales...". (Subrayó el suscrito).

"En el negocio de la referencia, basta hacer una simple confrontación entre el artículo 1º de la Ley 73 de 1966 y el artículo 1º, numeral 2º, del Decreto 995 de 1968 para deducir que el Presidente de la República al expedir el mencionado decreto incurrió, parcialmente, en una extralimitación de la potestad reglamentaria".

"En efecto, mientras que la primera de las normas en mención preceptúa que las labores que no contempla el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo sólo pueden exceder los límites fijados por el 162 ibídem, mediante autorización del Ministerio, la segunda condiciona esa autorización a ciertos hechos o situaciones (aumentos extraordinarios de trabajo, etc.) que no prevé, por parte alguna, la Ley 73".

"Esta disposición, en su artículo 1º, no faculta al Ministerio del Trabajo —"Dirección Regional del Trabajo correspondiente o, en su defecto el Inspector del Trabajo del lugar"— para conceder autorizaciones temporales ni limita la duración de la jornada que exceda los términos del artículo 161 a dos horas diarias y a trece semanas. La única limitación que sí determina la ley es la de las horas semanales, las cuales "no podrán pasar de doce (12)..."; pero esto no afecta en nada el negocio a decidir.

"Además, el hecho de que "los empleadores tengan necesidad de hacer frente a aumentos extraordinarios de trabajo, imprevistos o que se repitan anualmente por cortos períodos", tampoco lo consagra el artículo 1º de la ley.

"Así, pues, es evidente que el Decreto número 995 de 1968 al reglamentar la Ley 73 de 1966, amplió el contenido y finalidad de ésta, o sea que excedió la facultad que al Presidente de la República otorga el artículo 120, ordinal 3º, de la Carta. La potestad reglamentaria es limitada; tiene por objeto completar la ley —nunca ampliarla o restringirla—, a fin de asegurar y dar más claridad a la aplicación de ella; no puede introducir nuevas disposiciones porque "ello no sería reglamentar sino legislar", como lo ha dicho el Consejo".

La Sala encuentra correctamente analizadas por la Fiscalía las varias cuestiones que suscita la demanda del doctor Carlos del Castillo, en forma tal que las razones aducidas por el señor Agente del Ministerio Público —que se han transcrito— sirven igualmente de fundamento a la declaratoria de nulidad que debe proferir el Consejo.

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

Falla:

1º Decrétase la nulidad del numeral 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 995 de 26 de junio de 1968, en cuanto establece que las Direcciones Regionales del Trabajo podrán autorizar excepciones a la duración máxima de trabajo; en cuanto al carácter temporal de tales excepciones; en cuanto al límite de dos horas diarias en que se permite exceder la jornada máxima de trabajo y en cuanto que el tiempo autorizado en total durante el año calendario no podrá exceder, en ningún caso, de trece (13) semanas.

2º Envíese copia de esta sentencia al Gobierno Nacional por conducto del señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social.

3º Una vez ejecutoriado este fallo, archívese el expediente.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue estudiado y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 7 de noviembre de 1969.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Belisario Arciniegas, Alvaro Orejuela Gómez.

Susana M. de Echeverri, Secretaria.

DECRETOS DEL GOBIERNO

I. **FARMACIAS Y DROGUERIAS.**— Servicio continuo.— **El servicio continuo de farmacias y droguerías que estableció el acusado Decreto 2169 de 1949 y que lleva justamente veinte años de vigencia constituye, es verdad, una actividad privada pero que participa y en forma protuberante de la calidad de servicio público. Quienes en tales actividades se comprometen, adquieren por ese solo hecho obligaciones inherentes a la prestación del servicio público que en este caso comparten con la administración, puesto que se trata de servicios que, adscritos al Estado, pueden prestarse con la colaboración de los particulares; tal el de la asistencia pública.**

II. **COMPETENCIA DE ASAMBLEAS Y CONCEJOS.**— Para expedir normas sobre funcionamiento nocturno de farmacias y droguerías.— **El Decreto 2169 de 1949 sobre el servicio continuo de farmacias y droguerías se expidió hace 20 años y disposiciones departamentales o municipales posteriores no han podido modificarlo ni desconocerlo. El artículo 3º del decreto demandado manda establecer y reglamentar debidamente los turnos, lo que no contraría el precepto del artículo 197 de la Carta que señala como atribución de los cabildos la de ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito que ejercerán conforme a la ley.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**).

Se admite la anterior demanda de nulidad de los artículos 1º, 2º, y 3º del Decreto 2169 de 1949 por el cual se establece en todo el territorio de la República el servicio de farmacias y droguerías durante la noche y en domingos y días feriados, que en su propio nombre propone el doctor César Castro Perdomo y que viene en su forma con arreglo a la ley.

Notifíquese personalmente al señor Fiscal de la corporación.

Comuníquese la admisión de la demanda al señor Ministro de Salud Pública.

Fíjese el negocio en lista por el término legal.

Reconócese al doctor César Castro Perdomo personería para actuar en su propio nombre.

Suspensión provisional

En escrito que obra a los folios 26 y siguientes se solicita decretar la suspensión provisional de las disposiciones acusadas por los motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad alegados concretamente en el libelo y, además, por los que en el precitado memorial se puntualizan.

De los ordenamientos sub judice se predica que violan ostensible y manifiestamente el artículo 17 de la Carta al consagrar la obligatoriedad de trabajar los domingos, festivos y feriados y durante las noches de todos los días del año, sin contraprestación estatal, tratándose de un servicio en beneficio de la asistencia pública, porque la norma constitucional garantiza el trabajo remunerado y no puede obligarse a nadie distinto del Estado a que reemplace las funciones constitucionales del mismo sin contraprestación alguna.

Que el legislador en los artículos 168 a 170 del Código Sustantivo del Trabajo fijó a los trabajadores un sobrecargo de su remuneración por trabajo nocturno y feriado y en consecuencia éste no debe ser obligatorio gratuito.

Que entre las normas demandadas y el artículo 19 de la Carta existe choque manifiesto, pues mientras aquéllas ponen bajo el cuidado de los particulares una actividad que es propia del Estado, éste la coloca bajo el de la administración.

Que tales normas violan el artículo 1248 del Código de Derecho Canónico que ordena abstenerse de trabajos serviles en los días festivos de precepto.

Que el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo consagra que todos los trabajadores tienen derecho al descanso remunerado en los días de fiesta de carácter civil o religioso que allí se enumeran.

Se sostiene, además, que el artículo 3º demandado da competencia a la Secretaría de Salud Pública del Distrito y a las Direcciones Departamentales de Higiene para reglamentar ese servicio nocturno, y en cambio el ordinal 1º del artículo 197 de la Carta confiere esa competencia al Cabildo Distrital que es quien la tiene para reglamentar los detalles del servicio nocturno aludido por tratarse de cuestiones de policía local. Y ese artículo 3º choca igualmente con el numeral 16 del artículo 13 del Decreto extraordinario 3133 de 1968 que da esa competencia al Cabildo. La competencia que por el artículo demandado se confiere al Secretario de Salud Pública de Bogotá está en pugna con la obligatoriedad del acuerdo número 35 de 1919 del Concejo de Bogotá que reglamenta ese servicio nocturno y mientras el acuerdo 35 esté vigente debe ser acatado por las autoridades del Distrito. Además, mientras la norma acusada da competencia al Secretario de Salud Pública para reglamen-

tar el servicio nocturno de farmacias y droguerías, en cambio la norma superior (decreto reorgánico del Ministerio de Salud Pública) da esa competencia a partir de 1968 al Ministerio indicado, entidad que no esta autorizada para subdelegar.

Tales son, resumidamente, las tachas en que la demanda de suspensión provisional se apoya; y para resolver sobre la prosperidad de la medida provisoria, la Sala Unitaria considera:

Como no lo ignora el distinguido actor en esta contención administrativa, el Consejo ha venido mostrándose de tiempo atrás particularmente exigente y riguroso en cuanto al lleno de los requisitos previstos en la ley para decretar la suspensión provisional, inspirado en el propósito de que los fines de esta medida no sean desvirtuados y a ella se le dé el alcance que está llamada a tener ajustándola a lo que es de su propia esencia. No será posible, pues, adentrarse, al estudiar la medida impetrada, en análisis de fondo reservado a la sentencia en cuanto a las violaciones que prima facie no aparezcan con indubitable certidumbre.

El servicio continuo de farmacias y droguerías que estableció el acusado Decreto 2169 de 1949 y que lleva justamente veinte años de vigencia constituye, es verdad, una actividad privada pero que participa y en forma protuberante de la calidad de servicio público. Quienes en tales actividades se comprometen, adquieren por ese solo hecho obligaciones inherentes a la prestación del servicio público que en este caso comparten con la administración, puesto que se trata de servicios que, adscritos al Estado, pueden prestarse con la colaboración de los particulares; tal el de la asistencia pública. Ciertamente, imposible sería considerar la salud como una mercancía, ni equiparar las farmacias y droguerías a expendios de telas o calzado desprovistos del hondo sentido social y humanitario que conlleva el servicio público de la salud. Despojándolo, empero de esa calidad especialísima, hipotéticamente, también cabría considerar que tiendas en donde se expenden víveres o carnes, por ejemplo, deben llenar requerimientos indispensables de higiene, asepsia y conservación cuyos costos y expensas corren necesariamente por cuenta de los particulares a pesar de que la higiene, como la asistencia pública, es función del Estado.

El correspondiente capítulo del libelo inicia el concepto de violación invocando el artículo 17 de la Carta que se estima quebrantado porque mientras esta norma "garantiza el trabajo humano en cualquier actividad, por ser una obligación social, dándole la protección de que siempre sea remunerado, en cambio por los artículos 1º y 2º acusados se impone la obligación del servicio nocturno todos los días de la semana y además el diurno en la actividad de las farmacias y droguerías en los días festivos, sin que el decreto acusado en ninguna parte disponga una compensación o retribución del Estado en favor de los propietarios de aquellos establecimientos quienes son los responsables de que se abran de noche y en los días festivos sus respectivos establecimientos".

No alcanza la Sala a comprender que exista relación laboral en este caso, ni entre quiénes, ni que se trate de obligaciones entre patronos y trabajadores, ni vea la pertinencia de la innovación de esta norma constitucional. En efecto, la obligación de prestar el servicio se

ha impuesto para aquellos que abracen la profesión u oficio de empresarios de droguerías y farmacias; obligación de antemano conocida por ellos y de consiguiente ineludible. Luego planear el negocio e iniciarlo conlleva ya la carga de cumplir con ese deber social, prestar ese servicio público a sus propias expensas; y si para ello requieren el concurso de empleados o trabajadores serán esos mismos empresarios quienes los contraten y quienes mantegan con ellos la relación laboral consiguiente.

Estas solas razones desechan ya la consideración de las causales de quebrantamiento de los ordenamientos citados pertenecientes al Código Sustantivo del Trabajo, para efectos de la suspensión provisional.

Se predica del decreto en juicio que viola el artículo 19 de la Constitución porque mientras allí se consagra la asistencia pública como función del Estado y se le impone la obligación de prestarlo, el decreto la traslada a los particulares sin compensación alguna y sin remuneración pecuniaria, "no estando obligados los particulares sino al servicio público de atender el suministro de drogas medicinales en farmacias y droguerías voluntariamente y con el horario que a ellos les convenga implantar, por tratarse de una actividad privada". Fluyen a primera vista las fundamentales equivocaciones del concepto, primeramente, porque la norma constitucional se refiere a la prestación de la asistencia a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. Es la asistencia gratuita (hospitales, médicos, asilos, etc.) no el negocio de abrir para vender con utilidades. Pero, además, la norma transfiere a la ley determinar cómo se presta la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado; lo que implica que se han contemplado los casos en que deba darla en colaboración con los particulares.

Atender al expendio de drogas, negocio productivo, no entraña noción de servicio público; tal vez de servicio para el público, como cualquier otro negocio; pero atender al suministro igualmente productivo de drogas en días y horas fuera del horario laboral, sí hace parte del servicio público de salud y quienes se comprometen en empresas de farmacias y droguerías, adquieren la obligación de prestarlo en la forma y condiciones que los respectivos estatutos legales lo dispongan, porque el ejercicio de la profesión médica y farmacéutica por virtud de la Ley 67 de 1935 constituye una función social.

Sentado lo anterior, que incide en mucho sobre los demás conceptos de violación de las disposiciones acusadas, restaría por considerar lo pertinente a la competencia de asambleas y concejos para adoptar las medidas que regulan la policía local y para expedir normas sobre funcionamiento nocturno de farmacias y droguerías. Debe para ello considerarse que el decreto acusado se expidió hace veinte años y que disposiciones departamentales o municipales posteriores no han podido modificarlo ni desconocerlo que las violaciones predicadas no lo son directamente y que por ello no aparecen ostensibles, lo que impide juzgarlas en el auto de suspensión provisional. Anótase de paso que el artículo 3º del decreto demandado manda establecer y reglamentar debidamente los turnos, lo que no contraría el precepto del

artículo 197 de la Carta que señala como atribución de los cabildos la de ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito que ejercerán conforme a la ley.

Se concluye, en consecuencia, que **no es el caso de acceder a suspender provisionalmente los ordenamientos acusados.**

Cópiese y notifíquese.

Enrique Acero Pimentel.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RETENCION EN LA FUENTE.— Comisiones que no constituyen salario.— **Con los artículos 1º y 2º del Decreto 949 de 1969 no se aspira sólo a aplicar las tarifas adoptadas para rentas que provengan de fuentes distintas de sueldos, dividendos, etc., lo que ya de por sí implica adicional gravamen, sino que se traslada la obligación de retener parte de la comisión pagada de quien hace el pago, en el momento de hacerlo, a quien lo recibe. Con la peculiaridad de que tales supuestas retenciones se liquidan no cuando se pagan las comisiones sino con referencia a las rentas devengadas en el año anterior y como sobretasa al impuesto que se está pagando en el presente año.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero sustanciador: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

El doctor James W. F. Raisbeck en escrito presentado el 15 de julio del presente año demanda la nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto número 949 de 1969 y pide que se decrete la suspensión provisional.

Las disposiciones acusadas dicen:

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

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

El demandante considera violado el artículo 120 de la Constitución Nacional en su ordinal 3º relativo a la potestad reglamentaria, por excederla y el artículo 6º del Decreto 3190 de 1963 por cuanto el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ha conducido a la violación de esta norma.

Para resolver sobre la suspensión provisional,

Se considera

En auto de 12 de junio de 1969 proferido por la Sala de Decisión de esta Sección Cuarta se dijo en negocio análogo al presente lo que sigue:

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

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

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

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

una ley así no podría aceptarse como ley tributaria. Esta materia sin embargo no habrá de determinar lo que se decida en relación con el presente recurso y habrá de ser objeto de reflexiones prolongadas cuando se dicte la sentencia".

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

A lo anterior debe agregarse hoy que los artículos 12 y siguientes del Decreto número 320 de 1969 a los cuales se remiten las disposiciones ahora acusadas están suspendidos y por consiguiente no pueden ser aplicadas sus reglas. Con el pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, nuevos decretos no pueden remitirse a disposiciones cuya vigencia ha sido válidamente suspendida porque hacerlo es procedimiento sutil que conduce a la violación del artículo 99 del Código Contencioso Administrativo según el cual ningún acto anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejó de Estado podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas.

La demanda ha sido presentada con subordinación a los requisitos formales exigidos por la ley por tanto debe ser admitida.

Por consiguiente,

Se decide:

1º Admítese la demanda mencionada en la parte motiva.

2º Notifíquese al Agente del Ministerio Público,

3º Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

4º Fíjese el negocio en lista por el término legal.

5º Suspéndese provisionalmente los artículos 1º y 2º del Decreto número 949 de 1969 originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y promulgado por el Gobierno.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Miguel Lleras Pizarro.

Angel María Camacho, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO.— De acuerdo con el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957 no les está permitido realizar operaciones distintas de las que sean inherentes al depósito mismo y a la conservación de las especies o géneros recibidos, sobre las mercancías que les han sido confiadas por los clientes, ni aun con el consentimiento de éstos. De acuerdo con esta tesis, comparándola con el texto del artículo 1º del Decreto 402 de 1969 encuentra que sólo pueden suspenderse ciertas locuciones que implican prima facie un desbordamiento de la potestad reglamentaria, dejando sin suspender las que puedan relacionarse con las obligaciones y deberes del depositario, respecto a las cuales sea menester un análisis interpretativo, que no cabe en un auto de suspensión provisional.

Consejo de Estado.— Sala de Decisión.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Sesión del día 12 de agosto de 1969).

(Consejero ponente: **Doctor Jorge de Velasco Alvarez**).

El Ministro de Agricultura, por conducto de apoderado, interpuso el recurso de súplica contra el auto de fecha 3 de mayo último, por el cual el Consejero sustanciador suspendió provisionalmente el artículo 1º y su correspondiente parágrafo del Decreto 402 de 1969. La disposición acusada reglamenta el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957.

La demanda fue instaurada en acción de simple nulidad por la Federación de Industriales del Arroz, por considerar que el decreto reglamentario desborda la potestad reglamentaria violando, por tanto, la ley que reglamenta y de contera el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución.

El artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957 "por el cual se dictan disposiciones sobre Almacenes Generales de Depósito", dice así:

"Artículo 1º Las Empresas de Almacenes Generales de Depósito ya constituidas o que se constituyan en el futuro, tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercan-

cías y productos de procedencia nacional o extranjera, y si así lo solicitaren los interesados, la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda, transferibles por endoso y destinados a acreditar, respectivamente, la propiedad y depósito de las mercancías y productos, y la constitución de garantía prendaria sobre ellos".

Para reglamentar la disposición transcrita el Gobierno Nacional dictó el Decreto 402 de 1969 que, en su artículo 1º dispone:

"Artículo primero. Los Almacenes Generales de Depósito, previa autorización del cliente, podrán realizar sobre las mercancías que les sean depositadas, las operaciones que se consideren técnicamente convenientes para conservarlas adecuadamente, hasta el momento de su restitución al depositante, o de su entrega al tercero o a quien las distribuya o venda por su cuenta, o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas.

"Parágrafo. En relación con los productos agropecuarios se considerarán operaciones técnicas para su conservación y mercadeo la limpieza, el secamiento, el reempaque, la desinfección, la fumigación, el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos".

El auto suplicado considera que las funciones de los Almacenes Generales de Dopósito están claramente establecidas como únicas en el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957 y que tales funciones son las que corresponden a un depositario. De manera que si el artículo 1º del Decreto reglamentario 402 autoriza a esta clase de empresas para realizar sobre las mercancías "las operaciones que se consideren técnicamente convenientes para conservarlas,... o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas", indudablemente está yendo más allá de la ley; y agrega el auto suplicado: "...si el mismo artículo 1º demandado en su parágrafo considera que operaciones técnicas para la conservación y mercadeo de los productos agropecuarios son, entre otras, la trilla, el descascaramiento y la molienda de los mismos, el decreto reglamentario está invadiendo terrenos que no son de su incumbencia, pues, tales operaciones implican una transformación de esa clase de productos, operación ésta reservada a empresas diferentes a los de Almacenes Generales de Depósito".

La Sala de Decisión considera

Ya el punto que en este juicio se debate fue expuesto y resuelto por el Consejo en sentencia proferida en la Sección Cuarta, con ponencia del doctor Juan Hernández Sáenz, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

"En Colombia, la Ley 20 de 1921 y el Decreto reglamentario 1821 de 1929 establecieron el régimen de los Almacenes Generales de Depósito, régimen que con algunas modificaciones posteriores, la principal de ellas contenida en el Decreto legislativo 356 de 1957, aún permanece vigente. De acuerdo con este régimen, los Almacenes deben constituirse como sociedades por acciones, con las formalidades exigidas para la formación de los establecimientos bancarios

y capital mínimo de un millón de pesos. Los bancos pueden poseer acciones en estas empresas hasta el equivalente del diez por ciento de su capital y reserva legal. Sus actividades, lo mismo que las bancarias, están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia del ramo y les son aplicables las leyes sobre bancos en cuanto no sean contrarias a la naturaleza especial de los Almacenes y a su estatuto legal específico. Y en lo que atañe al giro concreto de las actividades de los Almacenes de Depósito, el artículo 1º de la Ley 20 les atribuía como objeto principal el depósito, conservación y custodia de mercancías y, en casos especiales, la venta de las mismas. Ello daba a entender en forma implícita la posibilidad de que los Almacenes realizaran otras actividades complementarias de su objeto principal, determinado por la ley, tales como la limpieza, procesamiento y preparación de productos agrícolas, con la aquiescencia del depositante o del tenedor del certificado de depósito, para llevarlos luego este último al consumo. Pero el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957, que modificó la norma ya comentada, les señaló a los Almacenes, ya como objeto específico e inequívoco, "el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y productos de procedencia nacional o extranjera", con facultad para expedir certificados de depósito y bonos de prenda, tal como lo autorizaba también el artículo 1º de la Ley 20. Lo dispuesto por esta norma del decreto descarta pues hoy en día la posibilidad de que por vía de interpretación llegue a entenderse que los Almacenes estén autorizados para realizar operaciones distintas de las que sean inherentes al depósito mismo y a la conservación de las especies o géneros recibidos, sobre las mercancías que les hayan sido confiadas por los clientes, así sea con el consentimiento expreso de los mismos y se trate de simples labores complementarias del mero almacenamiento y aún útiles para facilitar la posterior enajenación de lo depositado. No puede pues remitirse a duda, frente a dicho texto legal, que ni en tratándose del depósito de especies ciertas, ni en el de géneros y ni siquiera en el de mercancías en proceso de transformación, les está permitido a los Almacenes ejecutar trabajos encaminados a mejorar los bienes recibidos del cliente, sea para hacerlos aptos al consumo o al uso que en el futuro les corresponda, para transformarlos sin variar esencialmente su naturaleza o para convertir en productos distintos las materias primas depositadas. Les incumbe apenas a los Almacenes las obligaciones que la ley o el contrato, en su caso, le atribuyan al depositario remunerado y su responsabilidad generalmente es la que determina el artículo 8º del Decreto legislativo 356, ya citado, con la circunstancia de que el riesgo de incendio debe ampararse siempre con una póliza de seguro, porque así lo ordena el artículo 9º del decreto, pues en cuanto a los demás riesgos posibles, queda a opción del depositante asegurarlos o no".

De acuerdo con la tesis que se acaba de transcribir comparándola con el texto del artículo 1º del Decreto 402 de 1969, la Sala encuentra que sólo pueden suspenderse ciertas locuciones que implican prima facie un desbordamiento de la potestad reglamentaria, dejando sin suspender las que puedan relacionarse con las obligaciones y deberes

del depositario, respecto a las cuales sea menester un análisis interpretativo, que no cabe en un auto de suspensión provisional.

En este orden de ideas, debe suspenderse en el texto del artículo 1º la frase final que dice: "o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas", pues el resto del texto habla de operaciones convenientes para conservar adecuadamente las mercancías.

En el parágrafo del mismo artículo se suspenderán las siguientes locuciones:... "y mercadeo", "el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos", ya que la primera parte del parágrafo habla de operaciones técnicas para la conservación. Si la "limpieza, el secamiento, el reempaque, la desinfección y la fumigación", son operaciones no propias de la conservación de las mercancías, ello habrá de estudiarse mediante análisis, lo que no es propio de la suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión modifica el auto suplicado y decreta la suspensión provisional solamente de las siguientes locuciones correspondientes al artículo 1º y su parágrafo, del Decreto 402 de 1969: "o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas" (inciso 1º) "y mercadeo"; "el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos" (parágrafo).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al honorable Consejero sustanciador para los fines consiguientes.

Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

COMPARACION DE PATRIMONIOS.— Al disponer el inciso 5º del artículo 63 del Decreto 154 de 1968 que se restará del pasivo total el pasivo que no cumpla los requisitos legales de que trata el artículo 78 del Decreto 154 de 1968 para efectos de fijar la renta líquida gravable por el sistema de comparación de patrimonios, agregó a la disposición que reglamenta un elemento nuevo no contemplado en ésta, que hace más gravosa económicamente la situación del contribuyente. En forma constante la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que el Presidente de la República no puede al ejercitar la potestad reglamentaria, dictar normas nuevas, ni aplicar o restringir el alcance de la ley, ni exigir formalidades distintas de las establecidas por la misma, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y que en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere. Como es manifiesta la violación del artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional en relación con el artículo 23 del Decreto-ley 1366 de 1967, se impone suspender los efectos de la norma impugnada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero sustanciador: **Doctor Gustavo Salazar Tapiero**).

Se admite la anterior demanda de nulidad del inciso 5º del artículo 63 del Decreto reglamentario número 154 de 1968, presentada por los doctores Alfonso Angel de la Torre y Alberto Martínez Menéndez.

Como los demandantes solicitan la suspensión provisional de la norma acusada, se entra a resolverla.

Dice el artículo 63 del Decreto 154 de 1968:

"Artículo 63. Cuando la renta líquida gravable calculada según los sistemas ordinarios, excluida la renta de goce, y la exclusiva de trabajo cedida por el otro cónyuge, sea inferior a la diferencia entre los patrimonios líquidos establecidos en el último día del ejercicio gravable y en el del anterior, dicha diferencia se considerará como renta líquida gravable.

"No habrá lugar a determinar la renta gravable por comparación de patrimonios cuando la capitalización se origine en ingresos no constitutivos de renta, en rentas de trabajo divididas con el otro conyuge conforme al artículo 13 de la Ley 81 de 1960, en rentas exentas establecidas con sujeción al artículo 22 de este decreto, o en otras causas que justifiquen el aumento patrimonial.

"Al determinar la diferencia patrimonial deberán hacerse los ajustes a que haya lugar por omisión de activos, inclusión de pasivos inexistentes, movimientos en las cuentas del superávit, valorizaciones o desvalorizaciones nominales, u otras circunstancias similares.

"Se entiende por valorizaciones o desvalorizaciones nominales los aumentos o disminuciones en el valor fiscal de los bienes raíces sin que éstos hayan sido objeto de modificaciones materiales por inversiones, deterioros o pérdidas.

"El pasivo solicitado en la declaración de renta y no aceptado al liquidar el impuesto complementario de patrimonio por incumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 78 de este decreto, se restará del pasivo total para establecer el patrimonio líquido que se ha de comparar.

"Si se presenta declaración de renta y patrimonio por primera vez y se denuncia patrimonio líquido superior a la renta líquida gravable, excluida la renta de goce y la exclusiva de trabajo cedida por el otro cónyuge, deberá acreditarse el origen del patrimonio cuya existencia no se haya justificado conforme al inciso segundo de este artículo para que no sea considerado como renta gravable.

"Parágrafo 1º A la renta capitalizada deberá sumarse:

"a) La renta de goce;

"b) La renta exclusiva de trabajo cedida por el otro cónyuge en ejercicio de la facultad otorgada en el artículo 13 de la Ley 81 de 1960, menos las exenciones personales y por personas a cargo divididas, cuando fuere el caso.

"A la renta así establecida, se le aplicará la tarifa correspondiente.

"Parágrafo 2º Las liquidaciones de los cónyuges deberán practicarse simultáneamente. La renta cedida por un cónyuge, cuya cesión no fuere aceptada, no le será gravada al otro cónyuge".

El artículo 23 del Decreto-ley número 1366 de 1967 que la disposición anterior reglamenta, es del tenor siguiente:

"Cuando la renta líquida gravable según los sistemas ordinarios, excluida la renta de goce, sea inferior a la diferencia entre los patrimonios líquidos en el último día del ejercicio correspondiente y en el del anterior, dicha diferencia se considerará como renta líquida gravable.

"No se considerará renta gravable el aumento de patrimonio originado en capitalización de rentas exentas o ingresos no constitutivos de renta, en valorizaciones nominales o en otras causas que justifiquen el aumento patrimonial.

"Si se presenta declaración de renta por primera vez y se denuncia patrimonio líquido superior a la renta gravable, excluida la renta de goce, debe acreditarse el origen del patrimonio para que éste no sea considerado como renta gravable.

"Al aplicar este sistema deberá solicitarse por escrito al contribuyente explicación y comprobación sobre las causas que dieron origen a la formación o al aumento del patrimonio. El incumplimiento de este requisito causa nulidad de la liquidación.

"La determinación de la renta gravable por el procedimiento señalado en este artículo no dará lugar a sanción por inexactitud; pero sí serán sancionadas las omisiones de bienes o la inclusión de pasivos inexistentes".

Los actores puntualizan las disposiciones violadas y el concepto de la violación de la siguiente manera:

"La primera disposición que cabe anotar como violada, es el artículo 23 del Decreto 1366 de 1967, que autoriza la determinación de la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios.

"Este sistema excepcional se fundamenta en una presunción legal, según la cual se considera como renta gravable la diferencia entre los patrimonios líquidos en el último día del ejercicio correspondiente y en el del anterior, cuando dicha diferencia sea superior a la renta líquida gravable según los sistemas ordinarios, excluida la renta de goce, y que no corresponda a valorizaciones y otras causas que justifiquen el aumento patrimonial.

"Los patrimonios líquidos que se comparan son los patrimonios líquidos declarados por el contribuyente, entendiéndose por patrimonio líquido, según el artículo 61 de la Ley 81 de 1960, el total de los derechos apreciables en dinero poseídos dentro del país en 31 de diciembre del año gravable menos el monto de las deudas.

"Al patrimonio líquido así determinado las oficinas liquidadoras pueden adicionar los bienes omitidos por el contribuyente, descubiertos por dichas oficinas y las deudas que se comprueben que son inexistentes en 31 de diciembre del año gravable.

"El artículo 23 del Decreto 1366 no dice que al patrimonio líquido puedan sumarse también, para efectos de comparar patrimonios, las deudas rechazadas por omisión de las formalidades exigidas por la ley. Al contrario, la citada disposición dice que no se considerará como renta gravable el aumento de patrimonio originado en capitalización de rentas exentas o ingresos no constitutivos de renta, en valorizaciones nominales o **'en otras causas que justifiquen el aumento patrimonial'**. El aumento de patrimonio por el rechazo de una deuda realmente existente, pero no relacionada de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley del impuesto y por esta circunstancia rechazado para efectos de la fijación del gravamen complementario de patrimonio, se justifica por sí mismo. Por tanto, resulta absurdo que la deuda por tal circunstancia rechazada se reste del pasivo, o sea que se agregue al patrimonio para presumir renta, cuando esa presunción queda desvirtuada por sí misma.

"En realidad lo que sucede es que el reglamento ha querido aplicar una nueva sanción, no prevista en la ley, para el caso de que el contribuyente no cumpla con los requisitos legales para que una deuda sea fiscalmente aceptable, sanción que consiste en convertir en renta la deuda mal o deficientemente relacionada, por lo cual, el inciso quinto del artículo 63 del Decreto 154 de 1968, viola no sólo el artículo 23 del Decreto 1366 de 1967, sino el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional al exceder la facultad reglamentaria.

"La violación del artículo 23 del Decreto 1366 de 1967 es perfectamente clara, porque el hecho mismo del rechazo de la deuda es la causa justificativa del aumento de patrimonio, y el inciso segundo del mismo artículo dice que no se considerará como renta gravable el aumento de patrimonio originado en causas que justifiquen el aumento.

"El Gobierno no puede en ejercicio de la facultad reglamentaria crear una sanción no prevista en la ley, como esta de convertir en renta una deuda por el hecho de que se omita en la declaración de renta el nombre y apellidos o razón social, el número de identificación tributaria del acreedor y el monto de la deuda, o uno o varios de esos requisitos".

Para resolver, se considera

Ciertamente, al disponer la norma reglamentaria que se restará del pasivo total el pasivo que no cumpla los requisitos legales de que trata el artículo 78 del Decreto 154 de 1968 para efectos de fijar la renta líquida gravable por el sistema de comparación de patrimonios, agregó a la disposición que reglamenta un elemento nuevo no contemplado en ésta, que hace más gravosa económicamente la situación del contribuyente.

En forma constante la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que el Presidente de la República no puede, al ejercitar la potestad reglamentaria, dictar normas nuevas, ni aplicar o restringir el alcance de la ley, ni exigir formalidades distintas de las establecidas por la misma, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y que en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere.

Como es manifiesta la violación del artículo 120, numeral 3º de la Constitución Nacional en relación con el artículo 23 del Decreto-ley 1366 de 1967, se impone suspender los efectos de la norma impugnada.

En consecuencia,

Se resuelve:

Suspéndese provisionalmente el inciso quinto del artículo 63 del Decreto 154 de 1968 (febrero 9) "por medio del cual se reglamenta el Decreto-ley número 1366 de 1967, la Ley 63 de 1967 y otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios", emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y publicado en el Diario Oficial número 32448 del 6 de marzo de 1968.

Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la admisión de la demanda, enviándole copia íntegra de este auto.

Notifíquese al Fiscal del Consejo (repartimiento).

Fíjese en lista este negocio por el término de cinco (5) días para los efectos indicados en el numeral 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Salazar T.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

VIGILANCIA PRIVADA.— Para la Sala, el Decreto 250 de 1969 quebranta ostensiblemente el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 de 1966, pues, no sólo no cumple con el mandato del legislador de fomentar las organizaciones de vigilancia privada, sino que, llevándose de calle el precepto legal que la demanda indica como infringido, prohibe dentro del territorio nacional, el funcionamiento de las empresas que colaboran con la Policía Nacional en la vigilancia de los sectores urbanos "con el fin de prevenir la comisión de delitos y contravenciones", como textualmente reza el numeral 6º del artículo 15 del Decreto 1667. Siendo pues, para la Sala de Decisión ostensible y manifiesto el choque entre los tres primeros artículos del Decreto 250 acusado, y el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 (ley por virtud de la 48 de 1968), es procedente la suspensión provisional de los actos demandados, sin que sea preciso estudiar los otros cargos formulados en la demanda para efecto de este recurso cautelar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto veintiséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Alfonso Arango H.**).

Ref.: Radic. número 1234. Actor: Vigilancia comercial y residencial particular Ltda. y otras. Recurso de súplica.

Al admitir la demanda que por conducto de apoderado presentaran el señor Roberto Giraldo Rangel y un grupo de compañías comerciales cuyo objeto social consiste principalmente en la vigilancia privada, el señor Consejero sustanciador negó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto ejecutivo 250 de 24 de febrero de 1969, "por el cual se suspende el permiso concedido a organizaciones particulares para coadyuvar con las autoridades en la prestación del servicio público de vigilancia".

Inconforme el señor apoderado de las actoras con la determinación tomada en auto de 22 de mayo del año en curso, en tiempo oportuno interpuso recurso de súplica contra esa providencia, recurso que tramitado con sujeción a la ley, se procede a fallar, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones previas:

Encuentra el autor del libelo de demanda violación por parte de los tres primeros artículos del Decreto 250, a los artículos 17 y 39 de la Constitución Nacional y al 16 del Decreto legislativo 1667 de 1966, por las razones que en extenso trata en su escrito con el cual pretendió iniciar este juicio.

De manera expresa, en capítulo especial de la demanda, se pide la suspensión provisional de los artículos impugnados, porque, al decir del libelo, "a simple vista comparando el texto de aquel Decreto 250 de 1969 que prohiben el funcionamiento del servicio de vigilancia privada en las calles y en los lugares públicos con el artículo 16 del Decreto legislativo número 1667 de 1966 adoptado por la Ley 48 de 1967, que dispone fomentar esa clase de actividades auxiliares del Estado, y supervigiladas por el Gobierno de Colombia a través de la Policía Nacional, encuentro, un choque ostensible y manifiesto entre la prohibición absoluta de la vigilancia privada en las calles y lugares públicos con la orden imperativa dada por el legislador de Colombia (Ley 48 de 1967) que adoptó como legislación permanente el contenido del Decreto legislativo número 1667 de 1966, de fomentar, estimular y proteger aquella actividad, **para que bien vigilada y controlada por el Estado colombiano por intermedio de la policía Nacional, siga cumpliendo una magnífica labor en beneficio del bienestar social del pueblo colombiano".**

Y más adelante agrega la solicitud de suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 250 demandado: "Y es que el Estado colombiano conserva el control y vigilancia sobre todas y cada una de esas organizaciones de vigilancia privada en todo el país **y debe ejercerlo como lo manda el artículo 39 de la Constitución Nacional,** supervigilando la actividad laboral de quienes a ella se dedican, y **nunca abolir esa actividad,** porque el cuerpo soberano de Colombia en vez de autorizar su abolición **ordenó su estímulo y su fomento ante la impotencia del mismo Estado en poder prestar con sus propios medios o con sus hombres armados esa vigilancia que requiere la vida y los bienes de nuestros compatriotas".**

El auto recurrido, con fundamento en que el servicio de defensa está a cargo de la administración y es de aquellas necesidades de interés general que debe prevalecer ante el interés particular, estima que el servicio de policía y de vigilancia debe prestarse por el Estado con exclusión de los particulares, no encuentra violación alguna a norma superior y por ello niega la suspensión impetrada.

El apoderado recurrente sostiene, a su turno, que sí existe un choque apreciable a simple vista entre los actos acusados y las disposiciones que el libelo señala como infringidas, por lo cual, según las normas reguladoras de la suspensión provisional, no deben dejar de estudiarse los cargos formulados en apoyo de su pretensión, y por ello insiste ante la Sala de Decisión que se analicen los quebrantos que indica la demanda.

Dice el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 de 1966: "La Policía Nacional fomentará las organizaciones particulares de autodefensa y cooperación con el servicio de vigilancia y supervigilará el desarrollo de sus actividades públicas.

Los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional deben vigilar el territorio nacional para garantizar la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas y para prevenir la comisión de delitos y contravenciones, deben iniciar la instrucción preparatoria en caso de infracciones que no hubiere sido posible evitar y pasar a la autoridad judicial o a los funcionarios de instrucción las diligencias que hayan practicado según lo prescrito en este decreto". Los artículos demandados del Decreto 250 disponen: el primero, la prohibición, dentro del territorio nacional, del funcionamiento de empresas o sociedades privadas, que tengan por objeto prestar el servicio de vigilancia en calles o en lugares públicos. El segundo artículo impugnado, como consecuencia del primero, dispone la cancelación de las licencias concedidas por el Departamento Administrativo de Seguridad a tales empresas o sociedades, mientras el tercero, circunscribe la vigilancia privada dentro de las residencias, edificios o instalaciones del respectivo negocio o empresa comercial o industrial, agregando el parágrafo de este último artículo que los celadores podrán pertenecer a empresas o sociedades organizadas o constituidas con este fin exclusivo.

Teniendo en cuenta que la acción intentada por el apoderado de las actoras es la de simple nulidad, conforme al artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, para la prosperidad de la suspensión provisional basta que ella no esté prohibida por la ley, que se solicite de modo expreso y que exista una manifiesta violación a una norma positiva de derecho. En el caso de autos se cumplen a cabalidad los dos primeros requisitos enunciados. En cuanto al tercero, cabe anotar que el Decreto legislativo 1667 de 1966, acogido como ley de la República por la 48 de 1968, ordena terminantemente a la Policía Nacional, entre otras cosas, fomentar "las organizaciones particulares de autodefensa y cooperación con el servicio de vigilancia", servicio éste encomendado como función preventiva a la institución organizada por el Decreto legislativo 1667 de 1966.

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

Siendo pues, para la Sala de Decisión ostensible y manifiesto el choque entre los tres primeros artículos del Decreto 250 acusado, y el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 (ley por virtud de la 48 de 1968), es procedente la suspensión provisional de los actos demandados, sin que sea preciso estudiar los otros cargos formulados en la demanda para efectos de este recurso cautelar.

Por lo expuesto, que considera la Sala bastante como fundamento de su decisión, se **revoca** el auto de mayo 22 de 1969 en lo referente a la medida provisoria únicamente, y en su lugar decreta la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 250 de 1969 dictado por el Departamento Administrativo de Seguridad, en asocio de los Mi-

nistros de Gobierno, Relaciones Exteriores, Justicia y Defensa Nacional, y "por el cual se suspende el permiso a organizaciones particulares para coadyuvar con las autoridades en la prestación del servicio público de vigilancia".

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Consejero sustanciador.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez, Alfonso Meluk.

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

SAN ANDRES Y PROVIDENCIA.— No pueden considerarse como baldíos.— **Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado Código de 1873) reputa como baldíos "las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado", pero consagra además dos situaciones distintas de excepción. 1ª Que no estén ocupadas por poblaciones organizadas; y 2ª Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio. Se concluye que la resolución del INCORA que las declara baldíos sólo tuvo en cuenta la segunda de las situaciones de excepción, con prescindencia absoluta de la primera. El término "población organizada" está indicando la existencia de un conglomerado humano sometido a un sistema político, administrativo y judicial de acuerdo con la Constitución y las leyes, sistema que le permite realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender.**

Consejo de Estado.— Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero sustanciador: **Doctor Carlos Portocarrero Mutis**).

Ref.: Expediente Nº 1070. Ordinario (INCORA). Actores: Jairo Gutiérrez y otros.

El doctor Gilberto Moreno y los señores Jairo Gutiérrez, Timotty Britton, Alfredo Cardona, Eladio Howard, Augusto Britton y Carlos Goyeneche, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo demandan la nulidad de la Resolución Nº 206 de 16 de diciembre de 1968 "por la cual se sustrae de la reserva territorial del Estado los terrenos del archipiélago de San Andrés y Providencia y se declaran algunos de sus sectores como reservas especiales", dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y de la Resolución 058 de 24 de febrero de 1969 por medio de la cual el Gobierno Nacional impartió su aprobación a la primera.

La demanda se ajusta a lo prescrito en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y será por tanto el caso de admitirla, pero como además solicitan los actores la suspensión provisional de las reso-

luciones acusadas, se entra a resolver el punto en cuestión, previas las siguientes

Consideraciones

El artículo 1º de la Resolución 206 de 1968 es del tenor siguiente:

"Declarar que no han salido del patrimonio nacional y por tanto, son baldíos y constituyen reserva territorial del Estado, las islas, islotes, cayos y bancos que conforman el archipiélago de San Andrés y Providencia".

Por su artículo 2º la resolución acusada resuelve "sustraer de la reserva territorial" las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y algunos de los cayos y bancos "que integran el archipiélago de San Andrés y Providencia y constituyen la intendencia nacional del mismo nombre".

El artículo 3º de la resolución en cita declara "como zonas de reservas especiales, con el fin de preservar la flora, la fauna, el caudal de los lagos, los arroyos y las bellezas escénicas naturales", determinadas zonas de la islas, cayos y bancos, enumerados en el artículo 2º. Dichas zonas las divide en "intangibles" y "conservacionistas".

Según el artículo 4º se declaran como zonas de reserva especial para fines turísticos algunos de los sectores de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y varios de los cayos y bancos que integran aquel archipiélago.

Por los artículos 5º y 6º se prohiben determinadas actividades en las zonas denominadas "intangibles", y se determina la forma de explotación de los recursos naturales de las zonas "conservacionistas".

Por último en los artículos 7º a 10 se resuelve:

"Artículo séptimo. Autorizar al Gerente para contratar con la Corporación Nacional de Turismo de Colombia u otra entidad la administración de las zonas destinadas para fines turísticos.

"Artículo octavo. Destinar para la instalación de una estación de biología marina por parte de la Universidad Nacional el cayo denominado Casabaja.

"Artículo noveno. De conformidad con el artículo 1º de esta providencia los terrenos urbanos del archipiélago, no reservados para fines especiales podrán ser adjudicados por los respectivos municipios en la forma prevista por la Ley 137 de 1959 y sus decretos reglamentarios.

"Artículo décimo. Los terrenos rurales se destinarán a la creación de **unidades agrícolas familiares** que serán adjudicadas gratuitamente y definitivamente por el Instituto, de conformidad con las normas que regulan la adjudicación de baldíos, especialmente el artículo 5º del Decreto 1415 de 1940.

"El Instituto destinará las áreas para granjas de demostración o experimentación, locales para cooperativas agropecuarias o pesqueras, que se consideren necesarios".

En la extensa parte motiva de la Resolución 206, figura un capítulo denominado "aspectos jurídicos" que puede considerarse como los fundamentos de derecho del acto acusado.

La primera de las disposiciones citadas en la resolución, es el artículo 3º, ordinal d) de la Ley 135 de 1961 sobre funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y cuyo tenor es el siguiente:

"Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales".

Se apoya luego en los artículos 878 y 919 de la Ley 106 de 1873. El primero reputa baldías, entre otras: "4º Las islas de uno y otro mar" dentro de la jurisdicción de la República "que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o por particulares con justo título". El segundo prohibe la adjudicación de tierras baldías cuando éstas "fueren islas de alguna importancia" o porciones de islas "ubicadas en uno u otro océano **cerca de las costas** (el subrayado es de la Sala).

Aquí la Sala Unitaria anota que estos dos artículos traídos a cuento por el INCORA fueron expresamente derogados por el artículo 450 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal vigente), artículo que también deroga la Ley 25 de 1908, otra de las disposiciones en la cual se apoya la resolución acusada.

Los artículos 45, ordinal b) y 107, ordinal a) de la Ley 110 de 1912 citados también por el INCORA, son del tenor siguiente:

Artículo 45. Se reputan baldíos, y por consiguiente, de propiedad nacional:

"b) Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslaticio de dominio".

"Artículo 107. Constituyen la reserva territorial del Estado, y no son enajenables:

"a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45".

Como puede observarse los artículos 45 de la Ley 110 de 1912 y 878 del Código Fiscal de 1873 están concebidos más o menos, en los mismos términos.

Agrega el INCORA en la parte motiva de la Resolución 206, lo siguiente:

> "La Resolución Nº 03465 de abril 9 de 1968 por medio de la cual se ordenó adelantar las diligencias administrativas en orden a clarificar la situación jurídica del archipiélago de San Andrés y Providencia, fue notificada personalmente al Ministerio Público y al Intendente Nacional de San Andrés y Providencia y, por edicto, a las personas que pudieren tener algún interés en las diligencias,

"Dentro del término concedido en dicha resolución para presentar, solicitar y practicar pruebas, ningún interesado presentó títulos originarios expedidos por el Estado, sobre adjudicaciones de terrenos baldíos ubicados en el archipiélago mencionado.

"Por otra parte, la Secretaría Jurídica del Instituto expidió una certificación en que afirma que en los archivos de adjudicación de baldíos no aparece constancia de que el Estado hubiere adjudicado terrenos ubicados en la intendencia de San Andrés y Providencia.

"Por constituir las islas de San Andrés y Providencia uno de los lugares del país más densamente poblados desde la época de la Colonia, se podría pensar que en la fecha de expedición del primer Código Fiscal (1873) no operaba con respecto a ellas la presunción de ser baldíos, establecida en el artículo 878; pero ello no implica que no lo fueran. Quizá convenga explicar cómo el caso es similar al de la presunción establecida por el artículo 1º de la Ley 200 de 1936; efectivamente, si un terreno rural está explotado se presume que no es baldío; pero por el solo hecho de estar explotado no ha dejado de ser baldío.

"Es más, el artículo 879 del mismo Código Fiscal impuso a los particulares que se considerasen dueños o que pretendiesen algún derecho sobre parte de los terrenos a que se refiere el artículo 878, la obligación de comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional.

"Por tanto, no habiéndose acreditado que haya título originario expedido por el Estado sobre parte alguna del archipiélago de San Andrés y Providencia, con anterioridad a tal fecha, es de concluir que el régimen de reserva territorial establecido en los artículos 919 de la Ley 106 de 1873 y 107 de la Ley 110 de 1912 operó sobre las islas, cayos y bancos que integran el archipiélago de San Andrés y Providencia".

Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado Código de 1873) reputa como baldíos "las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado", pero consagra además dos situaciones distintas de excepción:

1ª Que no estén ocupadas por **poblaciones organizadas** (el subrayado es de la Sala); y,

2ª Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio.

De la transcripción hecha anteriormente se concluye que el INCORA sólo tuvo en cuenta la segunda de las situaciones de excepción, con prescindencia absoluta de la primera.

Es curioso observar que la resolución demandada al comienzo de su parte motiva, en el capítulo que denomina "reseña histórica", habla de la colonización del archipiélago por los ingleses en el año de 1629 y relata cómo pasó aquél al dominio de la Corona española en el año de 1786. Refiere luego la **permanencia** de vasallos del rey en el año de 1792

y la construcción de una iglesia católica en el año de 1809. Agrega que en el año de 1853 "ya aparece en forma clara que las islas forman parte del cantón de Cartagena".

Hecha la anterior observación se pasa a considerar los argumentos que el demandante aduce para demostrar la ostensible violación de la ley.

Se dice en la demanda que el artículo 1º de la resolución acusada violó los artículos 45 y 107 de la Ley 110 de 1912 (el primero está concebido en términos similares al artículo 878 del Código Fiscal de 1873), por cuanto desconoció la existencia en el archipiélago de una "población organizada", hecho éste anterior, en muchos años, a 1873 y para demostrarlo trae a cuento una serie de leyes y decretos dictados desde el año de 1821 que ponen de manifiesto la "ocupación por poblaciones organizadas", puesto que el legislador, desde aquella época, se preocupó y tuvo en cuenta las islas que componen el archipiélago, para dotar a sus habitantes de los medios necesarios tendientes a cumplir los fines de toda sociedad organizada.

La lista de leyes y decretos que el demandante relaciona en su escrito es bastante extensa y la Sala Unitaria sólo habrá de ocuparse de unos pocos. Pero antes conviene determinar qué ha de entenderse por "población organizada", ya que, como anteriormente se dijo, tanto el artículo 878 del Código Fiscal de 1873 como el 45 de la Ley 110 de 1912 contemplan dos situaciones distintas que desvirtúan la presunción de baldíos de las "islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado", a saber: a) La ocupación por poblaciones organizadas; y b) Las apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio. La Resolución 206 se refiere únicamente a esta última situación.

El término "población organizada" está indicando la existencia de un conglomerado humano, sometido a un sistema político administrativo y judicial de acuerdo con la Constitución y las leyes, sistema que le permite realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender.

Vale la pena recordar que el mismo INCORA acepta la existencia de un conglomerado humano en las islas de San Andrés y Providencia por el año de 1809, autorizado por la Corona española "a condición de que los isleños construyeran una iglesia católica". Este hecho indica claramente una "organización" en aquel conglomerado.

Pero hay algo más: el artículo 8º, numeral 1º de la ley de 25 de junio de 1821 por medio de la cual se dividió el territorio de Colombia políticamente en doce (12) departamentos, incluye a las islas de San Andrés como cantón de la provincia de Cartagena en el departamento del Magdalena.

El artículo 1º de la ley de 28 de abril de 1847 dispuso que el cantón de San Andrés en la provincia de Cartagena sería gobernado "con arreglo del artículo 167 de la Constitución y a la ley de 10 de mayo de 1846". Esta dispuso en su artículo 2º que aquel territorio sería "gobernado por un empleado con la denominación de prefecto" de libre nombramiento y remoción del poder ejecutivo, cuyo período sería de 4 años

y podría ser reelegido. En los artículos siguientes la ley fija las atribuciones de los prefectos, considera el caso de nombramiento de corregidores y la destinación de una suma hasta de "dos mil pesos del Tesoro Nacional para la construcción de iglesias y de otras edificaciones públicas, y para la dotación de curas y directores de las escuelas primarias".

La ley de 25 de junio de 1821 como se anotó atrás, erigió en cantón las "islas de San Andrés, cantón que en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la ley de 7 de junio de 1847 tendría un "colector de rentas". Ya la ley de 11 de mayo de 1825 en su artículo 95 había dispuesto que en cada cantón de la República debía haber "uno o más jueces letrados a juicio del poder ejecutivo".

La ley de 22 de junio de 1850 por su artículo 1º vuelve a erigir en cantón a San Andrés incorporándolo a la provincia de Cartagena y en los artículos 2º y 3º habla de los jueces políticos y alcaldes de dichos cantones. (El artículo 1º trataba también de los cantones de Darién y San Martín).

El artículo 3º del decreto ejecutivo de 24 de julio de 1850 dispuso que de los 25 Diputados a la Cámara provincial de Cartagena, uno sería elegido por el cantón de San Andrés.

Por decreto del 6 de diciembre de 1850 "sobre arreglo de las líneas de correos" se ordenó una (línea) "de Cartagena a Bocas del Toro, tocando en San Andrés y Chagres (artículo 1º). En esta línea —dispuso el artículo 7º del decreto— "se harán los viajes que el Gobernador de Cartagena crea necesarios, con tal que no excedan de 20 al año".

La Ley 39 de 4 de junio de 1868 y el decreto de 6 de julio del mismo año, reglamentan todo lo relativo al gobierno y administración de "San Andrés".

Podrían citarse más leyes y decretos dictados entre 1868 y 1912 que se refieren a las islas de San Andrés y Providencia, pero se omiten tales citas para no hacer demasiado extensa esta providencia.

Ahora bien, si como se ha dejado visto, desde el año de 1821 tanto el Congreso como los Presidentes de la República dictaron normas relacionadas con la organización política, administrativa, judicial y electoral de la islas de San Andrés y Providencia, ha de concluirse necesariamente que allí existía, por lo menos desde aquella época, una población organizada que disponía de los instrumentos y funcionarios necesarios para realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender.

Si esto es así, como lo es, el INCORA al dictar la Resolución 206 con su artículo 1º violó ostensiblemente el artículo 45 de la Ley 110 de 1912 concebido, se repite, en los mismos términos que el artículo 878 del antiguo Código Fiscal de 1873.

Por otro lado el Decreto extraordinario 2420 de 1968, expedido en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por la Ley 65 de 1967 y que creó el "Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA)", le dio a éste una serie de funciones que sólo él podía desarrollar.

Así, el artículo 23 del citado decreto dispuso que el Instituto, entre otras funciones, tendría las de:

"b) Delimitar, reservar y administrar las áreas que se consideren necesarias para la adecuada protección de las aguas, los bosques, los suelos y la fauna, y autorizar la sustracción de zonas dentro de estas reservas;

"c) Adelantar las actividades y obras necesarias para la mejor conservación y desarrollo de los recursos naturales renovables;

"d) Realizar directamente el aprovechamiento de recursos naturales renovables, con miras a la demostración de sistemas técnicos y reservar y administrar las áreas que presenten condiciones especiales de fauna, flora, paisaje o ubicación, con fines científicos, educativos, recreativos o estéticos;

"... ... ...

"g) Reglamentar la ocupación de las playas marítimas, fluviales y lacustres. El Instituto coordinará estas actividades con el Ministerio de la Defensa Nacional, el Ministerio de Obras Públicas y los demás organismos estatales que tengan ingerencia en cada caso".

Y el artículo 24 es del tenor siguiente:

"Declaración de zonas de reserva nacional

"Las resoluciones sobre declaración de zonas de reserva nacional que se dicten en desarrollo de las funciones encomendadas al Instituto y las que autoricen la sustracción de zonas de la reserva, requerirán para su validez la aprobación del Gobierno Nacional".

Es cierto que el INDERENA sólo asumió "plenamente el ejercicio de sus funciones" el 1º de enero de 1969 (artículo 25 del mencionado decreto) y la Resolución número 206 lleva fecha de 16 de diciembre de 1968; pero sabido es también que la resolución no podía producir efecto alguno sin la aprobación del Gobierno Nacional y ésta sólo fue impartida el 24 de febrero de 1969, lo cual entraña una violación manifiesta del Decreto 2420 de 1968, por cuanto en el resto del articulado de la Resolución 206 se toman medidas atribuidas exclusivamente al INDERENA.

No sobra agregar que los artículos 2º a 11 de la resolución del INCORA son consecuencia y desarrollo del artículo 1º de la misma y por tal razón habrá de accederse en su totalidad a lo solicitado por el demandante.

En atención a las razones expuestas, la Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera,

Resuelve:

Primero. Admitir la demanda propuesta contra las Resoluciones números 206 de 16 de diciembre de 1968 del INCORA y 058 de 24 de febrero de 1969 originaria de la Presidencia de la República, instaurada

por los señores doctores Gilberto Moreno, Jairo Gutiérrez, Timotty Britton, Alfredo Cardona, Eladio Howard, Augusto Britton y Carlos Goyeneche, por reunir los requisitos legales y, en consecuencia,

Se dispone:

a) Notificar personalmente esta providencia al señor Agente del Ministerio Público;

b) Comunicar la admisión de la demanda al señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria;

c) Fijar el negocio en lista por el término de cinco días para que el Ministerio Público, las partes o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción, puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los derechos que la ley les otorga;

d) Reconocer al doctor Gilberto Moreno como apoderado de los actores en los términos y para los efectos del memorial-poder que obra en autos.

Segundo. Suspender provisionalmente las Resoluciones 206 de 16 de diciembre de 1968, originaria del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la 058 de 24 de febrero del presente año, dictada por la Presidencia de la República, por medio de la cual se impartió la aprobación a la primera de las citadas resoluciones.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Portocarrero M.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

VIATICOS.— Se levanta la suspensión provisional de los artículos 1º y 3º del Decreto 559 de 1969 y del 4º del mismo decreto, con excepción de la frase "o la correspondiente partida presupuestal".

Consejo de Estado.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., octubre 25 de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge de Velasco Alvarez**).

Contra el auto de fecha 5 de agosto del corriente año, que decretó la suspensión provisional de los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto 559 de 1969, el señor Ministro de Hacienda por conducto de apoderado ha interpuesto el recurso de súplica.

El decreto acusado dice en su artículo 1º que: "cuando a un funcionario le sea conferida una comisión oficial dentro del territorio nacional, fuera de su sede habitual de trabajo, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 5º del Decreto-ley 3181 de 1968, se le podrá autorizar viáticos en proporción a su asignación mensual y al lugar donde deba desempeñarse, incluidos los gastos permanentes de representación, con arreglo a las siguientes escalas:...".

Considera el demandante doctor Rafael Rodríguez González que la disposición transcrita viola los artículos 120 numeral 3º de la Constitución; 5º del Decreto extraordinario 3181 de 1968 y 27 del Código Civil. Porque cuando el Decreto 3181 de 1968 dijo en su artículo 5º que se elevaba el valor de los viáticos a que se refiere el artículo 3º del Decreto 3306 de 1963 a la suma de doscientos cincuenta pesos diarios, niveló en dicha suma el valor de los viáticos para todos los funcionarios, sin hacer distinción alguna. De manera que la discriminación por escalas que hace el decreto acusado viola flagrantemente el citado artículo 5º del Decreto 3181 de 1968, y de contera el 120 de la Constitución sobre potestad reglamentaria del Gobierno, y el 27 del Código Civil sobre la claridad de los textos legales.

Para desatar el recurso de súplica,

La Sala considera

El artículo 3º del Decreto 3306 de 1963 dice así: Cuando a una de las personas a que se refiere el artículo 1º le sea conferida una

comisión... podrá autorizársele los viáticos **hasta por un máximo** de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) diarios, de **acuerdo con reglamentación que dicte el Gobierno**". Se subraya ahora.

De acuerdo con esa facultad para reglamentar, el Gobierno dictó el Decreto 1725 de 1964, en el cual fijó una escala cuyo máximo era el de $ 150.00 conforme lo decía el decreto reglamentado.

En 26 de diciembre de 1968 el Gobierno en uso de las facultades que le confería la Ley 65 de 1967, dispuso por Decreto 3181: "artículo 5º Elévase a doscientos cincuenta pesos diarios el valor de los viáticos a que se refiere el artículo tercero del Decreto número 3306 de 1963".

¿Puede sostenerse que estos doscientos cincuenta pesos son el máximo a que se refería el Decreto 3306 de 1963 que lo fijaba en $ 150.00? o que el Decreto 3181 de 1967 nivela todos los viáticos en $ 250.00 y suprimió las escalas? Cuestión ésta, a juicio de la Sala, que requiere un estudio interpretativo de las normas, que no es pertinente en un auto de suspensión provisional. Desde luego en este caso no salta a primera vista la violación de la norma superior de derecho.

Igual puede decirse del artículo 3º del decreto acusado, según el cual "se consideran como continuadas o prolongadas para efectos del literal o del artículo 1º... las comisiones que se ordenen con menos de 8 días de interrupción entre una y otra", pues el cargo de la demanda se refiere aquí a la potestad reglamentaria del Gobierno que, en concepto del demandante, aquél no la podía ejercer en la forma que lo hizo. Lo cierto es que prima facie la Sala no puede decir que con la disposición sobre comisiones prorrogadas o continuadas se haya violado flagrantemente una norma superior de derecho.

La demanda, además, incluye el artículo 4º del Decreto 559 de 1969. Este artículo es del tenor siguiente: "No se podrán ordenar ni pagar viáticos, cuando se exceden los máximos previstos en las escalas anteriores o la correspondiente partida presupuestal".

La disposición tiene dos partes: la primera, o sea la de no pagarse cuando se exceda el máximo correspondiente de la escala, es apenas una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1º del mismo decreto. Y como se ha visto que éste no puede suspenderse, igual debe decirse del último en la parte anotada.

La segunda parte del artículo, aquella que dice "o la correspondiente partida presupuestal", sí la encuentra la Sala violatoria de la ley; pues si las autoridades tienen la facultad de conferir comisiones y de reconocer los viáticos, el Gobierno no puede negarse a pagar éstos porque no tenga suficiente partida en el presupuesto. Es obligación del Gobierno tenerla, y si por cualquier circunstancia se le hubiere agotado, la ley le da varios recursos como los traslados, etc. Lo que no puede hacer el Gobierno es desconocer en un decreto reglamentario el derecho a cobrar unas sumas devengadas con autorización legal, con el pretexto de que no hay partida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión,

Resuelve:

1º Modifícase el auto suplicado en el sentido de levantar la suspensión provisional de los artículos 1º y 3º del Decreto 559 de 1969.

2º Levántase la suspensión provisional del artículo 4º del mismo decreto, con excepción de la frase "o la correspondiente partida presupuestal", frase que queda suspendida provisionalmente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al honorable Consejero sustanciador para los fines consiguientes.

Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

SENADO DE LA REPUBLICA

SEPARACION DE PODERES.— Los poderes públicos de que nos habla la Constitución de 1886 no se ejercen hoy separadamente sino como lo ordena la Carta de 1936 y lo confirma la de 1945; ellos tienen funciones separadas pero obran mediante una estrecha y armónica colaboración para realizar los fines del Estado.

ACTOS NO SUSCEPTIBLES DE CONTROL JURISDICCIONAL. Levantamiento de la inmunidad de un congresista.— **No puede afirmarse que este sea un acto legislativo ni uno jurisdiccional; porque los unos y los otros están taxativamente enumerados en la Carta. En el supuesto de que fuera un acto administrativo, por originarse en una rama del poder público instituida por la Constitución para realizar, como función primordial, actos legislativos, sería un acto sui generis, dado en ejercicio de un poder preciso otorgado por la Carta, como garantía de la independencia y autonomía de las corporaciones legislativas, frente a las otras ramas del poder público. Sin reconocer el sustanciador el poder discrecional absoluto, cuya tesis conduciría a situaciones bien distantes de la democracia como régimen de gobierno, acepta, sin la menor duda, la autonomía de determinados actos de poder, como el que ahora se analiza, sin menoscabo de la interdependencia de las ramas del poder público.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

El senador doctor José Ignacio Vives Echeverría, por medio de apoderado constituido al efecto, demanda del Consejo de Estado, además de la suspensión provisional, "en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941", la declaración de:

"Que es nula la decisión administrativa tomada por el honorable Senado de la República en su sesión ordinaria del día once de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, por medio de la cual se accede a la petición elevada a esa honorable corporación, por el Fiscal 33 de la Procuraduría General de la Nación, contenida en el oficio número 153 dirigido por la Mesa Directiva del honorable Senado de la República, y en consecuencia se levanta al senador Ignacio Vives Eche-

verría la inmunidad consagrada en el artículo 107 de la Constitución Nacional".

"Que es igualmente nulo el oficio suscrito por el Primer Vicepresidente del honorable Senado de la República, por medio del cual se informa al doctor Danilo Carrillo Cañón, Funcionario 33 de Instrucción Penal de la Procuraduría General de la Nación que el honorable Senado de la República en su sesión del 11 de septiembre del año en curso, se decidió levantar al senador José Ignacio Vives Echeverría la inmunidad consagrada en el artículo 107 de la Constitución Nacional".

Desde luego se advierte que los requisitos legales de forma de la demanda que suscribe el doctor José Antonio Pedraza Picón, quien según informe secretarial es abogado inscrito por ser titulado, se reúnen satisfactoriamente en el libelo, por lo cual y por este aspecto es perfectamente admisible su demanda, pues, además trae adjuntas las copias de los actos acusados, en cumplimiento de las disposiciones legales sobre el particular.

Pero antes de tomar una determinación sobre admisión o rechazo de la demanda, es conveniente hacer algunas consideraciones referentes a la competencia de esta jurisdicción para conocer del asunto planteado por el procurador judicial del senador Vives Echeverría.

Esa compleja organización moral, sí que también jurídica que es el Estado actual se propone por medio de sus complicados organismos satisfacer los fines para los cuales fue creado todo aquel engranaje que empuja la dinámica de la vida moderna. Los órganos o los agentes del Estado componen la organización administrativa tendiente a satisfacer necesidades de interés general, todo dentro de un marco o estructura que resume los principios fundamentales del derecho y que se conoce con el nombre de Constitución.

Es en la Constitución política donde deben buscarse las normas y principios de carácter general que orientarán todas las funciones del Estado. Nuestra Carta de 1886 llamaba "**poderes**", significando con tal denominación una separación total y una completa autonomía, al legislativo, al ejecutivo y al judicial. En 1936, mediante la reforma constitucional, que pretendió recoger en el pensamiento del constituyente la realidad política del Estado en ese momento histórico, cambió la denominación de poderes por la de "**órganos**" a esas instituciones jurídicas, significando con ello, no un simple cambio de denominación, sino la interdependencia de los distintos órganos del poder público para el cumplido ejercicio de los fines del Estado. Sujetándose a la realidad, se quitaba la independencia total de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que les había dado lo Constitución del 86, para que tales poderes se convirtieran en órganos dependientes de un solo poder que constituiría el todo. Estimó el constituyente de 1945 (Art. 6º del A. L. Nº 1) que de acuerdo con las exigencias de la vida y del derecho modernos, debía reafirmarse la teoría de la unidad del poder, mediante la estrecha y armónica función de los órganos del mismo y por ello dispuso en el actual artículo 55 de la Constitución Nacional, que "son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional". Y agregó a renglón seguido: "El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Este breve recuento histórico se hace con el objeto de resaltar que hoy los poderes públicos de que nos hablaba la Constitución del 86 no se ejercen separadamente, sino como lo ordena la Constitución de 1936 y lo confirma la de 1945; que ellos tienen funciones separadas y que obran mediante una estrecha y armónica colaboración para realizar los fines del Estado. Prueba de ello es que la rama ejecutiva del poder público ejerce en ocasiones funciones legislativas y aun jurisdiccionales, cuando otorgó como en días muy cercanos y lo ha hecho en pasadas oportunidades, facultades jurisdiccionales a las Fuerzas Armadas, asignándoles el juzgamiento de determinados delitos. Confirma el aserto, el ver a la rama jurisdiccional ejercitando actos de simple administración cuando procede a designar los magistrados, jueces y empleados subalternos. O cuando el legislativo elige al designado a la Presidencia de la República, o al Contralor General, o al Procurador, actos netamente administrativos. Todo ello explica por qué la independencia absoluta de cada uno de aquellos poderes de que hablaba la Constitución de 1886, ha pasado a convertirse en una interdependencia de las ramas del poder público sin perder su propia autonomía y conservando, desde luego, unas funciones de primero y otras de segundo orden, sin restarle por ello importancia a éstas.

La rama legislativa del poder público tiene, como función principal, la elaboración de las leyes; pero es la misma Constitución la que ha dado a la Cámara de Representantes funciones propias del Ministerio Público y al Senado la de juez en determinados casos. Son estos los resultados de un cambio fundamental de doctrina traducido en el querer del constituyente.

No se debe pensar hoy con el criterio de la Constitución de 1886 y creer, erróneamente desde luego, que la rama legislativa está destinada de manera exclusiva a producir leyes, pues, ya se ha visto, que en ocasiones puede dictar fallos, hacer las veces del Ministerio Público o realizar actos simplemente administrativos. Y se ha dejado claro también, que los actos administrativos no emanan únicamente de la rama ejecutiva del poder público, pues, ellos pueden originarse también en las ramas jurisdiccional y legislativa.

La Constitución Nacional ha creado, dentro de ese organismo estatal, esta corporación que, por mandato de la misma Carta, se dividirá en salas con el objeto de "separar las funciones que le competen como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley". Conforme con este precepto, la misma Carta fundamental le ha asignado al Consejo de Estado la atribución de "desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley". En desarrollo de estos mandatos el artículo 23 de la Ley 167 de 1941, dijo que "El Consejo de Estado tiene las funciones consultivas, administrativas y jurisdiccionales que se le señalan en las disposiciones de este título", funciones estas últimas que fueron sintetizadas por el Decreto legislativo 528 de 1964, cuyo artículo 20 dispone:

"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".

Siendo la competencia, según los doctrinantes de estas materias, la medida de la jurisdicción, será preciso analizar, en primer término, si el Consejo de Estado es o no competente para conocer de cuestiones como la planteada por la demanda que formula el apoderado del senador José Ignacio Vives Echeverría.

En términos generales, las causas determinantes de las competencias, están relacionadas con la calidad de las partes, con el lugar donde deben adelantarse los negocios, y, con la naturaleza del asunto propuesto ante la jurisdicción correspondiente. Según el artículo 20 que se ha dejado transcrito, esta jurisdicción se instituyó para definir los negocios que surjan de las "decisiones de la administración", sin que ello signifique que actos administrativos emanados de otras ramas del poder público, dejen de sujetarse al enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso administrativa. Pero como es la propia Constitución la que ha dado a la ley la atribución de las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado, es en la misma ley donde deben buscarse las competencias asignadas a esta corporación.

Ni en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, ni en las normas del Decreto legislativo 528 de 1964, ni en ley especial alguna, obran determinaciones para fijar expresamente los actos del Congreso como ajusticiables ante esta jurisdicción. Sin embargo, en el capítulo XX de esa codificación, y como casos excepcionales, se fijan competencias a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las demandas contra algunos nombramientos y elecciones realizados por el Congreso. Se observa, por ejemplo, cómo se le atribuye al Consejo de Estado, el conocimiento de las demandas contra las "elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las cámaras", o por cualquier funcionario, corporación o autoridad del orden nacional. Es por ello que los actos administrativos, en el sentido material, que conllevan la elección del Contralor General de la Nación, o la del Procurador, son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, por disposición expresa de la ley. Pero es la misma ley la que introduce excepciones a este principio, pues, el parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, atendiendo las voces del artículo 182 de la Ley 85 de 1916, dispone que "cuando la elección se refiera a comisiones para el orden interno de una corporación, la declaración de nulidad corresponde a la misma corporación que la hace". Por esta razón, estos actos administrativos del Congreso, de las asambleas departamentales, de los concejos municipales, o de cualquiera otra corporación, escapan a la jurisdicción contencioso administrativa.

Sostiene la demanda que esta corporación es competente para conocer del acto demandado, en virtud de disposición contenida en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo que dispone que "toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia".

Sobre este particular el sustanciador considera oportuno hacer estas consideraciones que le servirán para fundamentar la decisión que habrá de tomar en el caso planteado:

Nuestro Código Contencioso Administrativo, juntamente con las leyes que lo han adicionado o reformado, fija las competencias juris-

diccionales mediante el procedimiento de la enumeración legislativa de que hablaba Bonnard, a la vez que establece la cláusula general, consistente en la determinación abstracta y general de las competencias. Por ello se puede afirmar que la codificación en referencia participa de un sistema mixto que, al decir de la comisión redactora del Código, "según el cual, al mismo tiempo que se señalan de un modo expreso las materias que son objeto de la jurisdicción de lo contencioso por razón de su naturaleza material y orgánica, se prevé el caso de que surjan controversias no comprendidas expresamente en la ley y cuya índole administrativa las haga susceptibles de recurso por la vía jurisdiccional".

Este sistema mixto ha venido a consagrarse como norma legal en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, invocado por la demanda, pues él fija una cláusula general para efectos de fijar las competencias no establecidas en los artículos del mismo Código ni en sus leyes reformatorias o especiales, y desde luego, según el texto mismo del artículo en comento, esa atribución es únicamente para "toda contención administrativa". Será preciso, entonces, determinar si el acto demandado puede y debe tenerse como administrativo, o si, por el contrario, él pertenece a otra categoría.

Para el sustanciador, si se mira el acto impugnado por su aspecto material, para catalogarlo como acto administrativo, debe ser "el acto jurídico emanado de un agente de la administración, que crea una situación jurídica subjetiva, en beneficio o a cargo de una persona, o que permite la aplicación a ésta de una situación jurídica objetiva". Ya apreciándolo bajo el aspecto o sentido formal, el acto materia de la acusación para ser acto administrativo, debería emanar, necesariamente, de la administración.

Claramente se observa, y sin mayor esfuerzo, que el acto emitido por el Senado de la República, no encuadra dentro de las clasificaciones anotadas. De él no se puede afirmar que sea un acto legislativo, ni uno jurisdiccional, porque los unos y los otros, están taxativamente enunciados en la Carta. En el supuesto de que fuera un acto administrativo, por originarse en una rama del poder público instituida por la Constitución para realizar, como función primordial, actos legislativos, sería un acto sui generis, dado en ejercicio de un poder preciso otorgado por la Carta, como garantía de la independencia y autonomía de las corporaciones legislativas, frente a las otras ramas del poder público.

Es indudable que, conforme a los preceptos constitucionales, el permiso de que habla el artículo 107 de la Constitución Nacional, está reservado, de manera privativa y autónoma a la respectiva Cámara, razón por la cual ningún otro funcionario o corporación podría concederlo o negarlo. "Es, pues, la respectiva Cámara la única que puede dar el permiso para la detención de uno de sus miembros. Ella sabrá si es conveniente o si es legal o justa, la prescindencia, más o menos larga, de uno de sus miembros puesto que la norma tiene su raíz en el sentido de conveniencia para cada Cámara, no en controlar la justicia o legalidad de la detención, pues esto corresponde a otra rama del poder. Valorar, como se ha hecho en ciertos informes, la legalidad o justicia de la detención, resulta una ignorancia de las normas de separación de los poderes, y una falsa interpretación de la Constitución", dice en su obra "Las constituciones colombianas comparadas", el profesor Eduardo Fernández Botero. (Tomo II, edición de 1964, página 237).

Sin reconocer el suscrito sustanciador el poder discrecional absoluto, cuya tesis conduciría necesariamente a situaciones bien distantes de la democracia como régimen de gobierno, acepta, sin la menor duda, la autonomía de determinados actos de poder, como el que ahora se analiza, sin menoscabo de la interdependencia de las ramas del poder público a que se hizo alusión en esta misma providencia.

Conviene, finalmente, hacer mención del auto de 19 de octubre de 1948 del Consejo, cuando esta corporación, refiriéndose al artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, dijo: "La competencia por naturaleza de la cláusula general, de que trata el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, por el cual se atribuye al Consejo la decisión en una sola instancia de 'toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores, o en el título siguiente, o en ley especial', no basta a autorizar la admisión de la demanda, porque 'contención administrativa' es litigio, querella, controversia con la administración, de modo que mientras esa contención no se surta, no se origina la competencia contencioso administrativa que por ese texto se le adscribe".

Por todas estas razones, estima la Sala Unitaria, que la demanda que se estudia no puede ser admitida, por falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de ella, por lo cual, previa desanotación en los libros de la Secretaría, ésta, se servirá devolverla junto con todos sus anexos al interesado.

Tiénese al doctor José Antonio Pedraza Picón, abogado inscrito en el Consejo, como apoderado especial del actor doctor José Ignacio Vives Echeverría, en los términos y para los efectos consignados en el poder que obra glosado a folio 1 del presente informativo.

Revalídese el papel común utilizado.

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Arango Henao.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ASAMBLEA DE SANTANDER

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.— Tienen facultad de fijar sueldos y decretar prestaciones a sus empleados.— **Las asambleas, cuerpos de creación constitucional, están dotadas por virtud de la misma Carta de autonomía para el manejo de los fondos departamentales no sujeta a condiciones distintas de los límites que ella misma señala o la ley les impone. Una de sus funciones constitucionales es la de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento cuyos bienes y rentas son de su propiedad exclusiva. Los departamentos tienen por virtud constitucional independencia para la administración de los asuntos seccionales. Las asambleas tienen, pues, facultad para distribuir su presupuesto mientras con ello no violen normas superiores. Pueden (Art. 97 Num. 25 C. de R. P. y M.) fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro de la Sección, lo que indica que tienen igualmente facultad para decretar prestaciones a sus empleados por razón de los servicios que cumplen. La prima de Navidad que la ordenanza 120 de 1967, de la Asamblea de Santander estableció para ellos, es una prestación y ninguna norma superior se opone a su establecimiento. No ve la Sala en dónde exista la desviación de las atribuciones con que la demanda tacha este acto, ni el quebrantamiento del artículo 97 del C. de R. P. y M. que se alega.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**).

Ref.: Expediente número 1134. Actor: Carlos Obregón Gómez. Apelación de la sentencia de junio 26 de 1968, del Tribunal Administrativo de Santander, nulidad de la ordenanza número 120 de 1967, de la Asamblea de Santander.

El juicio que propone decretar la nulidad de la ordenanza número 120 de 1967, originaria de la Asamblea de Santander, se inició ante el Tribunal Administrativo de ese departamento mediante demanda del doctor Carlos Obregón Gómez y fue desatado en la primera instancia

con sentencia desfavorable a las pretensiones del actor, quien apeló de ella para ante esa superioridad, delante de la cual no fundamentó el recurso que le fuera concedido.

Consta la ordenanza número 120 de cuatro artículos, el primero de los cuales dispone que todos los empleados públicos y trabajadores al servicio del departamento, tendrán derecho en el mes de diciembre de cada año a que se les pague una prima de Navidad equivalente al valor de un mes de sueldo por el año completo de servicio o proporcionalmente al tiempo servido; el segundo ordena comenzar a pagar la prima desde el mes de diciembre de 1967: el tercero manda incluir las partidas necesarias en el presupuesto y autoriza al Gobernador, si así no hiciere para efectuar los traslados y contra créditos necesarios; el último da vigencia a la ordenanza desde su promulgación.

Señala la demanda como infringida por este acto la norma contenida en el artículo 97, numeral 25 del Código de Régimen Político y Municipal por desviación de las atribuciones allí señaladas (fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro Departamental) puesto que la Asamblea al proferir la ordenanza tuvo en miras un aumento de sueldos.

El fallo apelado, que acoge la tesis de su colaborador fiscal, no encontró la violación de la norma invocada, ni consideró que la ordenanza se hubiera expedido con abuso o desviación del poder.

Por su parte, la doctora Aydee Anzola, Fiscal 4º de la corporación, pide confirmatoria del fallo.

Se considera

Las asambleas, cuerpos de creación constitucional, están dotadas por virtud de la misma Carta, de autonomía para el manejo de los fondos departamentales no sujeto a condiciones distintas de los límites que ella misma señala o la ley les impone. Una de sus funciones constitucionales es la de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento cuyos bienes y rentas son de su propiedad exclusiva. Los departamentos tienen por virtud constitucional independencia para la administración de los asuntos seccionales. Las asambleas tienen, pues, facultad para distribuir su presupuesto mientras con ello no violen normas superiores. Pueden (Art. 97 Num. 25 C. de R. P. y M.) fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del Tesoro de la Sección, lo que indica que tienen igualmente facultad para decretar prestaciones a sus empleados por razón de los servicios que cumplen. La prima de Navidad que la ordenanza acusada estableció para ellos, es una prestación y ninguna norma superior se opone a su establecimiento. No ve la Sala en dónde exista la desviación de las atribuciones con que la demanda tacha este acto, ni el quebrantamiento del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal que se alega.

Es suficiente lo dicho para concluir, de acuerdo con el colaborador Fiscal, que el fallo apelado debe confirmarse. Así, pues, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ad-

ministrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma la sentencia apelada.**

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Alfonso Arango Henao, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

I. **CREACION DE MUNICIPIOS.— El informe del Gobernador sobre si están probadas las circunstancias que exige la ley y si hay conveniencia pública en la creación del municipio no forma con la ordenanza misma un acto complejo, ni compuesto siquiera; ésta, la ordenanza, es la que crea el municipio y el informe del Gobernador, así como los documentos que forman el expediente, son elementos previos que la Asamblea estudia para el fin propuesto. Por ello, en caso de observaciones del Gobernador o de su negativa a la creación, manifiesta en el informe, puede la Asamblea desestimarlo y complementar el expediente. La excepción propuesta, pues, no está llamada a tener acogimiento.**

II. **CENSOS.—** Su fuerza obligatoria. Valor probatorio de las certificaciones del DANE.— **La ley que aprueba un censo no hace sino acoger las conclusiones de la entidad que lo realizó. La aprobación por la ley es un acto formal distinto del acto material de realizar el censo y de calcular, mediante factores técnicos el aumento de población entre la fecha del censo y otra cualquiera. Si se demora la expedición de la ley aprobatoria, eso puede variar la verdad del hecho material registrado un día y complementado por las ratas de crecimiento demográfico, nosológico, inmigratorio etc. Creer que la verdad en estos casos está contenida en la expedición de la ley y no en los hechos confrontados, es criterio formalista fuera de la realidad y de la objetividad de los cálculos científicos de un organismo técnico y oficial como el DANE. No es posible subordinar, además, la existencia del hecho a la prueba ni sacrificar el derecho a la prueba misma.**

III. **SALVEDAD DE VOTO.— Del doctor Jorge de Velasco Alvarez respecto de la fuerza obligatoria de los censos.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá D. E., octubre diez y seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**).

Ref.: Expediente número 1155. Actor: Personero Municipal del Patía. Apelación de la sentencia de 28 de agosto de 1968 del Tribunal

Administrativo del Cauca sobre nulidad de la ordenanza número 1 de 20 de octubre de 1967, expedida por la Asamblea del departamento del Cauca, sobre creación del municipio de Balboa (C).

El Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda que, por vía de la acción pública, propuso el doctor Hernán Cruz Riascos, mandatario ad litem de los actores, en procura de la nulidad de la ordenanza número 1 de 1967 que creó el municipio de Balboa; y desató la controversia en la primera instancia con resolución favorable a las peticiones del libelo. Inconforme con la providencia que declaró la nulidad del acto, fechada el 28 de agosto de 1968, el doctor Gerardo A. Mera Velasco, procurador de la parte impugnadora recibida al proceso, interpuso alzada para ante esta superioridad, recurso que le fue concedido y en cuya virtud es procedente, cumplidos como están los trámites propios, decidir sobre su mérito.

A la ordenanza se ha hecho la tacha de haber sido expedida en forma irregular porque no fueron observados ni cumplidos previamente algunos de los requisitos y formalidades de la ley sobre creación de municipios, con lo cual se violaron los preceptos de las leyes 49 de 1931, 62 de 1939 y 38 de 1942 que la demanda cita. En ella se puntualizan las infracciones que dice haberse realizado en la siguiente forma:

a) No se ha establecido la plena prueba del número de habitantes que, conforme la ley tiene el nuevo municipio de Balboa, ni el número de habitantes que de acuerdo con la ley, le quedan al municipio antiguo de El Patía;

b) La autenticación de las firmas de los solicitantes no se hizo conforme al dato del numeral 4º de la Ley 49 de 1931;

c) No está acreditado que el municipio que sufrió la segregación haya quedado, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio;

d) No se ha traído al expediente la prueba del acuerdo entre los Ministerios de Gobierno y Hacienda y Crédito Público, a fin de proceder al deslinde y amojonamiento. Con esta omisión se violó el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 62 de 1939;

e) El deslinde y amojonamiento previos no se efectuaron por la Sección Nacional de Catastro del Ministerio de Hacienda. Con esta omisión se violó el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1939;

f) La Sección Nacional de Catastro no reunió los documentos que existan sobre la materia, hasta la fecha, con cuya omisión se violó el inciso 3º del artículo 1º de la citada ley;

g) El ingeniero catastral no hizo directamente el deslinde y amojonamiento, sobre el terreno, en presencia de los representantes de los municipios interesados. Con esta omisión se violó el artículo 2º, inciso 1º parágrafo, letra d), Ley 62 citada".

La demanda agrega en el correspondiente capítulo sobre el concepto de la violación, otras causales a que alude la sentencia del Tribunal.

La Sala considera

Se ajustó a derecho el fallo recurrido al desestimar el cargo de que se prescindió de aprobar el proyecto de ordenanza en segundo debate, porque de la prueba analizada por el Tribunal, consistente en copia del acta número 5 de la sesión de la Asamblea el martes 27 de octubre de 1967, (fl. 93), se desprende su aprobación en tal debate.

Fue bien desoída igualmente la tacha de haberse quebrantado el reglamento de la Asamblea porque de acuerdo con doctrina del Consejo de Estado, si tal cosa ocurrió, ello no genera nulidad desde luego que el reglamento es también una ordenanza y no una norma superior.

Se llega así a la certidumbre de que la ordenanza fue regularmente aprobada y expedida; además, obtuvo la sanción del Gobernador con lo cual el acto quedó amparado con la presunción de legalidad que la demanda pretende desvirtuar en cuanto dice relación con otros aspectos distintos de los ya analizados, como el de la violación de mandatos contenidos en la Ley 49 de 1931, ya que, como lo afirma el Tribunal, los citados de la Ley 62 del mismo año que se estiman quebrantados, nada tienen que ver sobre la creación de nuevos municipios.

Analiza así el a quo este aspecto que se relaciona con la violación de la Ley 49 de 1931: El artículo 187 de la Carta preceptúa que corresponde a las asambleas crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley.

La número 49 de 1931 en su artículo 1º dispuso que en lo sucesivo, para que una porción del territorio pueda ser erigida en municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones: Que tenga por lo menos ocho mil habitantes, y que cada uno de los municipios de los cuales se segrega, quede, cuando menos, con una población no menor de doce mil habitantes. La Ley 38 de 1942, adicionó el artículo 1º de la anterior así:

"Artículo 4º El numeral 1º del artículo 1º de la Ley 49 de 1931, quedará así: Que tenga por lo menos diez mil habitantes y que cada uno de los municipios de los cuales se segrega quede, cuando menos, con una población no menor de quince mil habitantes".

"Veamos, dice el Tribunal, si entre los antecedentes de la ordenanza acusada figura la comprobación del requisito sobre población de que trata el artículo 4º de la Ley 38 de 1942, en relación con el artículo 1º de la Ley 49 de 1931". "A folios 30 y ss. del cuaderno número 3 (pruebas pedidas por el abogado impugnador) obra una certificación emanada de la Secretaría de la honorable Asamblea Departamental del Cauca en la que figura un memorial dirigido al Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) por el señor doctor Marco A. Bolaños, cura párroco de Balboa, cuyo texto es el siguiente (aquí la transcripción). "De la lectura del memorial transcrito se tiene: El memorialista solicitó al DANE un certificado para establecer dos hechos: Primero. Número de habitantes del municipio del Patía en el departamento del Cauca. Segundo. Número de habitantes domiciliados en el mismo municipio de Patía, en el territorio comprendido dentro de los linderos señalados por el peticionario".

En seguida la sentencia transcribe el texto de la certificación expedida por el DANE, para concluir que el Jefe de tal Departamento Administrativo certificó sobre el punto primero pero se abstuvo de certificar acerca del segundo que es de suponer se refería a la porción de territorio que constituiría el del municipio de Balboa, de donde se desprende que no se comprueba con el certificado dicho que el nuevo municipio de Balboa quedara con 10.000 habitantes, ni mucho menos que al serle desmembrada la porción territorial del municipio de Balboa, el municipio de Patía, quedara con una población de 15.000 habitantes. La ineficacia de esta prueba se evidencia en el hecho de no concordar los linderos de demarcación de tal municipio, determinados en la ordenanza número 1 de 1967, con los linderos expresados para el municipio de Balboa. Tampoco encuentra la sentencia que con el certificado de la Contraloría Departamental del Cauca de 3 de noviembre de 1965 que se transcribe, se establezca el número de habitantes que quedaría en el municipio de Patía después de la desmembración del territorio demarcado para el nuevo municipio de Balboa, ni el número de habitantes que vendrían a integrar el nuevo municipio. Pero aunque el certificado diera los datos precisos de población, no constituiría prueba legal porque entre las funciones propias de la Contraloría no le está atribuida la de establecer el censo de población en todo o parte del territorio de su jurisdicción. De lo anterior el Tribunal concluye que la Asamblea, al expedir la ordenanza sobre creación del municipio de Balboa, no allegó previamente la prueba legal sobre el requisito de número de habitantes de que trata el artículo 1º de la Ley 49 de 1931. Ello lo releva de entrar a considerar los otros motivos de acusación de la demanda y lo determina a declarar la nulidad de la ya mencionada ordenanza.

La parte impugnadora y apelante ha estado representada ante el Consejo por el doctor Osvaldo Rengifo, quien, además, recibió para esta instancia poder de los señores Alcalde y Personero de Balboa. A solicitud del distinguido mandatario se practicaron y recibieron varias pruebas, entre ellas una inspección ocular realizada por esta misma Sala. Ocurre que en su alegato de conclusión plantea el doctor Rengifo la excepción de inepta demanda, que anteladamente debe ser estudiada desde luego que en caso de prosperar, con ello se desataría la litis, sin ninguna otra consideración. Fundamenta el señor apoderado la excepción que propone en que los artículos 149, 150 y 151 del Código de Régimen Político y Municipal que dan al Gobernador funciones determinantes para calificar previamente las pruebas que demuestren el lleno de los requisitos legales para crear un municipio, satisfechos los cuales el Gobernador debe remitir el expediente a la Asamblea con el informe del caso. El artículo 152 ibídem prescribe: "Si la Asamblea creyere fundamentada la solicitud y conveniente la medida, expedirá la respectiva ordenanza etc." Creer fundada la medida no implica para la Asamblea nuevo examen de los elementos probatorios que demuestren la satisfacción de las condiciones legales; su análisis y apreciación está atribuida específicamente al Gobernador a quien corresponde su estudio y calificación previa. Si el informe del funcionario estima probadas las circunstancias que exige la ley, la Asamblea debe aceptar ese informe porque carece de competencia para exigir nuevos elementos. El informe es un acto administrativo esencial para la creación del municipio. Entonces el acto que debe impugnarse cuando se considera que hay

deficiencia en las pruebas, es el informe del Gobernador y la ordenanza consiguiente, porque el artículo 152 en cita usa la forma verbal imperativa "expedirá la respectiva ordenanza". Si la Asamblea debe dar fe al informe del Gobernador la acusación ha debido comprender ese informe y la ordenanza por tratarse de un acto administrativo complejo, expedido por dos autoridades distintas, pero tendientes a un mismo fin.

Disiente la Sala de los anteriores razonamientos del distinguido apoderado de los impugnantes. En efecto: La Carta ha dado a las asambleas el carácter de corporaciones administrativas y las ha dotado de potestad para cumplir las funciones que ella les asigna, potestad que en este caso se traduce en la facultad reglada de crear municipios no sometida a circunstancias diferentes a las señaladas en la ley. El numeral 4º del artículo 187 de la codificación constitucional expresa que corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas crear y suprimir municipios llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley. El artículo 97, numeral 22, del Código de Régimen Político y Municipal repite la facultad constitucional para las asambleas de crear y suprimir municipios, pero agrega "con arreglo a la base de población que determine la ley... consultando los intereses locales". Tiénese entonces que ni la Carta ni el Código aludido condicionan esta facultad al informe del Gobernador ni a nada distinto de los requisitos legales. Así, el artículo 1º de la Ley 49 de 1931 no incluye como condición para crear un municipio que preceda informe del Gobernador. Este funcionario tiene por mandato legal la obligación de sancionar las ordenanzas o de objetarlas; y en oportunidad semejante hace oír sus reparos o predica su conformidad con ellas.

Sucede que el artículo 151 ibídem habla del informe en que el Gobernador **manifiesta su parecer** sobre si están probadas las circunstancias que exige la ley y si hay conveniencia pública en la creación del municipio; y el siguiente, 152 expresa **que si la Asamblea creyere fundada la solicitud** (no el informe), procederá.... etc. (subrayas de la Sala). Fluye así que el informe es un mero parecer del funcionario que puede tener o no acogimiento en la Asamblea la cual expresa su opinión acerca del fundamento de la solicitud de creación del municipio, mas no del informe, cosas las dos bien distintas.

Así las cosas, se deduce con toda certidumbre que el informe y la ordenanza no forman acto complejo ni compuesto siquiera; ésta, la ordenanza, es la que crea el municipio y el informe del Gobernador, así como los documentos que forman el expediente, son elementos previos que la Asamblea estudia para el fin propuesto. Por ello, en caso do observaciones del Gobernador o de su negativa a la creación, manifiesta en el informe, puede la asamblea desestimarlo y complementar el expediente. La excepción propuesta, pues, no está llamada a tener acogimiento.

Las pruebas aportadas dentro del juicio y tenidas en su mérito, debilitan los fundamentos del Tribunal para decretar nulo el acto sub judice. No se trata de que el nuevo municipio en el momento de su creación careciera del número de habitantes señalado por la ley, sino que la prueba para demostrarlo fue encontrada insuficiente por el a quo, a pesar de que a los folios 30 y 33 del cuaderno número 3 obran el certificado del DANE y el de la Contraloría del Cauca de donde apa-

rece que la población de los corregimientos y veredas que integran el nuevo municipio era superior a diez mil habitantes y que el de Patía quedaba con más de quince mil. Empero, de las pruebas aportadas en la segunda instancia se encuentra la que obra al folio 129 que es otro certificado del DANE en donde se comprueba que la población de Patía en 15 de julio de 1968 era de 44.662 habitantes y la de Balboa de 14.367. Para entonces, pues, el nuevo municipio contaba con una población mayor de la exigida por la ley y el de Patía, de donde se segregó, con una de 30.295 habitantes. Por lo demás, la inspección ocular realizada por la Sala estableció que los corregimientos y veredas enumerados en el certificado se hallan dentro de los límites de Balboa. Por otra parte, se lee al folio 124 el oficio número 07697 del Departamento Nacional de Estadística, como respuesta al despacho de la Sala Unitaria número 005, que dice: "Para atender la solicitud formulada por Ud. en el despacho número 0005 de 31 de enero pasado, me permito informarle que tomando como base el resultado del censo de población verificado en Colombia el 15 de julio de 1964, la población del municipio de Patía y Balboa, en el departamento del Cauca, se estima en 1º de octubre de 1967 así: Patía 20.340 habitantes. Balboa 13.899 habitantes". Este dato corresponde al 1º de octubre de 1967 y el producido con anterioridad se refiere al 15 de julio de 1968; los nueve meses de diferencia, atendiendo a la rata de crecimiento demográfico, tienen exacta correspondencia. Además, el censo de población efectuado en 1964 fue aprobado por el artículo 76, literal e) del acto legislativo número 1 de 1968.

Por otra parte el DANE puede certificar con calidad de prueba sobre la población de los municipios. En efecto: El Decreto-ley 2240 ya citado dispuso en su artículo 4º: Las disposiciones de la Dirección Nacional de Estadísticas, en cuanto a su propia materia se refiere, serán obligatorias para las oficinas de estadística de los departamentos, municipios y dependencias nacionales, así como también para las personas naturales o jurídicas.

El artículo 2º del Decreto 1633 de 1960 dice: Corresponde al Departamento Nacional de Estadística el levantamiento periódico de los censos y la publicación periódica de las estadísticas continuas y de los estudios ocasionales que produzcan sus dependencias, así como el suministro de asistencia técnica, en su ramo, a los organismos públicos que lo requieran y el suministro global de informaciones estadísticas que le sean solicitadas.

El artículo 11 ibídem señala que son funciones del Jefe del Departamento: h) Autorizar las publicaciones del DANE y el suministro de informaciones a los interesados.

Además, el literal o) del artículo 2º del Decreto 3167 de 1968 le da como función la de certificar las informaciones estadísticas y de población que para el efecto del cumplimiento de requisitos legales requieran los particulares, siempre que se refieran a resultados aprobados oficialmente.

Así, pues, los certificados del DANE que obran en el juicio hacen plena prueba que no puede desvirtuarse sino por los medios legales.

Si ello no fuera suficiente está el artículo 632 del Código Judicial que reza: "Hacen también **plena prueba** acerca de su contenido, como

documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones...". Puesto que allegar datos es función que la ley ha atribuido al DANE las certificaciones de este organismo están revestidas de presunción de verdad legal.

Pero además, la ley que aprueba un censo no hace sino acoger las conclusiones de la entidad que lo realizó. La aprobación por la ley es un acto formal distinto del acto material de realizar el censo y de calcular, mediante factores técnicos el aumento de población entre la fecha del censo y otra cualquiera. Si se demora la expedición de la ley aprobatoria, eso puede variar la verdad del hecho material registrado un día y complementado por las ratas de crecimiento demográfico, nosológico, inmigratorio etc. Creer que la verdad en estos casos está contenida en la expedición de la ley y no en los hechos confrontados, es criterio formalista fuera de la realidad y de la objetividad de los cálculos científicos de un organismo técnico y oficial como el DANE. No es posible subordinar, además, la existencia del hecho a la prueba ni sacrificar el derecho a la prueba misma. Por manera que al crearse el nuevo municipio existían en cuanto a población los requisitos legales de donde se concluye que el cargo aceptado por el Tribunal debe desestimarse.

La sentencia no se ocupó de los cargos restantes por lo que anteriormente se anotó, es decir porque considerando que el cargo analizado prosperaba, era superfluo examinar los demás. Siendo así que la conclusión de la Sala es opuesta a la del Tribunal, deben examinarse las otras tachas que la demanda hace al acto enjuiciado. A ello se procede considerando:

Autenticación de firmas. El Tribunal del conocimiento, en diligencia de inspección ocular (cuaderno 3º fls. 30 a 32) estableció que la solicitud de los vecinos para que Balboa se erigiera en municipio, fue presentada personalmente ante el Juez Municipal de El Bordo, cabecera del municipio de Patía, quien atestiguó la identidad de los firmantes y su vecindad. Y ello es suficiente, a juicio de la Sala que no acoge la tacha mencionada.

Superficie territorial. Por lo que al cargo se refiere, se observa que la exigencia legal se traduce en que la extensión del territorio municipal segregado contenga por lo menos las dos terceras partes de la extensión total. A los folios 30 a 33 y 50 a 55 del cuaderno Nº 3 aparece que el ingeniero civil Luis Carlos Castro Gómez hizo el levantamiento del plano general de lo que iría a formar la nueva entidad municipal de Balboa; y ratificó ante el Tribunal las medidas de ese plano. Así las cosas, para desvirtuar esta prueba hubiera sido menester demostración de que ni el trabajo de medición ni el propio levantamiento del plano corresponde a la realidad o fueron ejecutados por quien no tenía calidades para ello, y esto no ha ocurrido. Aceptada la prueba, se tiene que la extensión superficiaria del Patía antes de la segregación es de 1.367,8 K2, y la destinada al nuevo municipio es de 395,6 K2 que restada del anterior total le dejó al Patía una extensión superficiaria de 972,2 K2 con lo cual superabundantemente se satisface el requisito legal de las dos terceras partes. No prospera, pues, este otro cargo.

Falta de aprobación de la ordenanza en segundo debate. El propio Tribunal Administrativo del Cauca, en inspección ocular al libro de actas de la Asamblea, estableció con vista en el acta Nº 5 del 27 de octubre de 1967, que el proyecto de ordenanza creadora de la nueva entidad fue aprobado en ese segundo debate y contra tal documento ninguna prueba se ha producido que desvirtúe su presunción de legalidad. Así, pues, el cargo debe desecharse.

Todo el anterior análisis permite concluir que fue fundamentado el informe favorable del Gobernador del departamento; que la Asamblea, al expedir la ordenanza se ajustó a los requisitos de la ley y que el nuevo municipio, en el momento de su creación llenó las condiciones exigidas en los preceptos legales pertinentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley oído el concepto del señor Fiscal, **revoca** la sentencia apelada y en su lugar **niega** las peticiones contenidas en la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Alfonso Arango Henao, Enrique Acero Pimentel, Jorge de Velasco Alvarez, con salvamento de voto; *Alfonso Meluk.*

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Jorge de Velasco Alvarez.

Señores Consejeros:

No se puede aceptar la prueba sobre el número de habitantes que tenían el antiguo municipio de Patía y el nuevo de Balboa. Dicha prueba consiste en certificados del Departamento Nacional de Estadística, que el Consejo de Estado nunca ha aceptado como tal, pues la población no se acredita legalmente con certificaciones del DANE. Este hace cálculos estimativos o aproximativos, como lo dice en el certificado que obra a folio 126, **"tomando como base** los resultados del censo de población del 15 de julio de 1964", calcula que en 1967, cuando se expidió la ordenanza, las poblaciones de Patía y Balboa tenían cierto número de habitantes.

Pero es que, además, cuando la ordenanza Nº 1 de 1967 se expidió no habían sido aprobados los censos de 1964, que lo fueron por el acto legislativo de 1968. Esta aprobación del constituyente no le da fuerza ninguna a la certificación del DANE, expedida en 1967, pues no tiene para el caso efecto retroactivo. Conforme a las leyes que regulan la creación de municipios, es menester acreditar ante la Asamblea, para que ésta pueda expedir la ordenanza respectiva, las pruebas fehacientes de varios hechos, uno de los cuales el que el municipio segregado queda con 10.000 habitantes por lo menos, y aquel que sufre la segregación por lo menos con 15.000.

Cuando se expidió la ordenanza acusada el único censo aprobado por el Congreso, y por tanto el único vigente, era el de 1951. Por manera que los datos del censo de 1964 no eran entonces una prueba; y mucho menos los cálculos estimativos del DANE. Al expedirse así una ordenanza hay violación de la ley porque es en el momento en que la Asamblea va a expedir la ordenanza cuando deben estar acreditados los requisitos que exige la ley.

Conforme al artículo 187, numeral 4º, de la Constitución Nacional, corresponde a las asambleas "crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, **llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley"**. El Código Político y Municipal dice en el numeral 22 de su artículo 97: Son funciones de las asambleas... "crear y suprimir municipios con arreglo a **la base de población que determine** la ley...".

De las anteriores disposiciones se desprende con toda claridad que la base de población no puede ser fijada sino por la ley. Y únicamente los censos nacionales que son aprobados por una ley y en consecuencia convertidos en tal, son los únicos que deben tenerse en cuenta.

La ley, contenida en el Decreto extraordinario 1905 de 1954, dispone que el censo de 1951 rige para todos los actos constitucionales y legales. El Departamento de Estadística no está facultado por ley ninguna para suministrar datos sobre población para los efectos señalados en la Constitución. Hay una excepción que consagró el legislador: son las Leyes 146 de 1960 y 89 de 1936, según las cuales para elegir senadores, representantes y concejales se tomarán para señalar la base de población, los cálculos de la Dirección Nacional de Estadística. La última de ellas a falta de censo. Pero, como se ha dicho es una excepción, que confirma la regla. No es posible jurídicamente darle a esa excepción un alcance general para todos los casos. Porque es un ordenamiento especial y preciso, para casos determinados. Ni cabe analogía ninguna.

Ya la Sala Plena del Consejo se había pronunciado sobre este problema de los censos, en sentencia que lleva fecha 29 de julio de 1960, con ponencia del doctor Pedro Gómez Valderrama. Dijo entonces el Consejo:

"Fijado así el concepto del censo y de los cálculos que de él arrancan, cabe preguntarse de dónde deriva la fuerza obligatoria del censo de 1951, si no es de la disposición legal que lo aprobó. **No hay mandato legal alguno que dote a los cálculos efectuados por el DANE de fuerza legal.** La función de la determinación de los habitantes de la República en forma cierta, es función legislativa que se cumple mediante la aprobación del censo. No puede ser materia de cálculos que, si bien justificados estadísticamente, registran de año en año las naturales variaciones, determinadas por las causas que el Director del Departamento Administrativo señala en su informe. Claro está que los cálculos de los períodos intermedios son absolutamente necesarios, y que la estadística presta una eficacísima colaboración a la administración en cuanto se relaciona con planes y programas, en los cuales sea necesario un cálculo aproximado de la realidad, de la población en un momento dado. Pero uno es el camino de la programación, y otro el del desarrollo de las disposiciones constitucionales que corresponde al legislador. Por ello la objeción formulada por el apoderado, de que la ley o decreto legislativo aprobatorio del censo no pueden reglamentarse, por su analogía con las leyes aprobatorias de tratados, es inválida. En primer término porque no se trata de reglamentar el hecho de la población misma, del número de hijos de cada individuo, o de la distribución entre varones y mujeres de la cifra total; se trata solamente de ejecutar y la reglamentación es el primer acto de ejecución de la norma, la aplicación del número señalado con fuerza de verdad legislativa, a una situación constitucional".

"Violación de los Decretos 2240 de 1951, 2554 de 1951, 213 de 1952 y 2666 de 1953.

Son estos los decretos relacionados con el Servicio Nacional de Estadística, que culminaron con el Decreto 2666 de 1953, que creó el respectivo Departamento Administrativo. Ya anteriormente se han formulado consideraciones al respecto, que conviene ahora resumir. El Decreto 2240 de 1951, creó la Dirección Nacional de Estadística como dependencia de la Presidencia de la República, fijándole como función primordial la de "cooperar con la oficina planificadora a fin de que su actividad esté orientada en el sentido de producir informaciones que sirvan para un estudio coherente de la economía nacional". El Decreto 2554 de 1951, reglamentario del anterior, señala a la Dirección funciones de planificación del desarrollo de las estadísticas, de coordinación con los departamentos estadísticos de los ministerios, de coordinación técnica de métodos y procedimientos estadísticos, nomenclaturas y formularios, de asistencia técnica, de publicación de las estadísticas, de suministro de informaciones, "siendo entendido que las informaciones deberán ser dadas en forma global"... Dice el artículo: "Los datos estadísticos que se suministran no podrán aplicarse para fines impositivos, ni como pruebas judiciales". El decreto organiza, además, los organismos dependientes de la oficina. El Decreto 213 de 1952, englobó en la Dirección de Estadística la Sección de Censos Nacionales que dependía de la Contraloría General de la República. Y el 2666 de 1953, convirtió la Dirección en Departamento Administrativo. Ahora bien, la disposición, plenamente explicable, que queda atrás subrayada, de que los datos estadísticos que suministre la Dirección no podrán aplicarse como pruebas judiciales (justamente por tratarse de cálculos elaborados sobre la base de datos, y no de hechos en sí mismos), viene a confirmar cuanto se ha dicho sobre el punto con anterioridad. No se halla en los decretos, como anotó el señor Fiscal, disposición alguna que le dé fuerza legal a dichos cálculos a los cuales se dé la consideración de informaciones aptas para el desarrollo de planes y programas, y de elementos para el estudio, y previsión de diversas situaciones de la economía nacional, así como constituye un reflejo que en conjunto de una visión de un determinado momento del país, sin que, al entrar a discriminarlo, puedan establecerse de él hechos, sino que, al contrario, del examen y elaboración de los datos producidos por los hechos sociales y económicos, surgen esas apreciaciones de carácter global, que son a manera de termómetro para medir ciertos aspectos del país, sin que se pueda incurrir en el error de darles fuerza legal. La fuerza legal de que se dota a los censos como procedimiento para determinar el número de habitantes de un país, proviene del alcance excepcional y de la diversidad de procedimientos de aproximación a la realidad, que en ellos se emplean, y de la necesidad de tener un estimativo operante legalmente, del número de habitantes del país, para efectos tan importantes como el del caso sub lite. No encuentra la Sala violación alguna de los decretos orgánicos de la Estadística Nacional, en haber tomado el Gobierno la base del último censo aprobado, para establecer su reglamentación. No prospera este punto, como los anteriores". (Anales del Consejo de Estado, tomo LXII, página 285).

En fallo de 15 de marzo de 1967 (creación del municipio de Pailitas), la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa dijo que: "La Sala encuentra que la misión del Departamento de Estadística es precisamente la de calcular de manera informativa el número de habitantes de una región y que por lo tanto dicha entidad no puede hablar sino de cálculos. Por otra parte, esos datos censales no tienen fuer-

za de ley pues no hay mandato alguno que así lo disponga. La función de determinar en forma cierta los habitantes es función legislativa que se cumple con la aprobación del censo".

Posteriormente, en 25 de mayo de 1968, esta Sección volvió a ocuparse del mismo punto. (Creación del municipio de Los Córdobas). Entonces la Sala se dividió en cuanto a la consideración de si se podían probar en la segunda instancia los requisitos que la ley exige para que pueda crearse un municipio. Como el conjuez dirimiera el empate en favor de dicha tesis los consejeros disidentes salvaron el voto, consignando los siguientes apartes, que se transcriben en lo que toca al punto ahora discutido:

"... presentamos, a manera de salvedad de voto, los siguientes apartes de la ponencia que fue presentada a la Sala y que fue negada por mayoría:

"La Sala no encuentra que haya podido desvirtuarse la sentencia del Tribunal en este punto porque, además de que la prueba legal sobre población no es la que dé el Departamento Nacional de Estadística sino el censo nacional aprobado por el Congreso, como varias veces lo ha dicho el Consejo, esa prueba o cualquiera otra... ha debido aportarse al expediente que se forma para que la Asamblea obre con base en él en la creación de municipios, expediente que exige el Código de Régimen Político y Municipal".

"...lo que se discute no es lo qué el municipio es en el presente **sino lo que se** demostró que era el territorio que lo forma en el momento en que se expidió la ordenanza...".

Desde luego, todas las disposiciones legales en que se apoya la sentencia, cuales son los decretos que le dan funciones al DANE, eran conocidas y fueron analizadas por el Consejo cuando se expidieron los fallos transcritos anteriormente. Halló el Consejo que todas aquellas disposiciones hacen del DANE una oficina de estadística, pero que en ninguna de ellas se le da la facultad de fijar con autoridad el censo de habitantes.

Con posterioridad a los decretos analizados, el Gobierno dictó el Nº 3167 de 1968 que el fallo expone como uno de los fundamentos de sus conclusiones, concretamente el literal o) del artículo 2º que dice: "certificar las informaciones estadísticas y de población que para el efecto del cumplimiento de requisitos legales requieran los particulares siempre que se **refieran a resultados aprobados oficialmente**". He subrayado esta última frase porque ella indica, más claramente que nunca, que el DANE no puede certificar sobre la población sino cuando los resultados del censo han sido aprobados oficialmente. Es bien sabido que tal aprobación oficial es la que da el Congreso al convertir en ley el censo levantado.

Por las razones expuestas disiento del fallo de la Sala. Considero, por el contrario, que lejos de revocar la sentencia del Tribunal que anuló la ordenanza porque se había violado la ley, ha debido confirmarse.

Atentamente, señores Consejeros,

Jorge de Velasco Alvarez.

CAPITULO SEGUNDO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

GOBERNACION DE CALDAS

I. **DELEGACION DE FUNCIONES.**— De las asambleas a los gobernadores.— **En 1960 la facultad de establecer contribuciones no era delegable. Esa dificultad fue subsanada por la reforma de 1968 que permite a las asambleas autorizar al gobernador para ejercer funciones de las que le son propias con la condición de que tales facultades se otorguen** pro témpore. **Es obviamente inconstitucional la delegación indefinida de facultades de modo que aunque la Asamblea hubiera autorizado al Gobernador para establecer contribuciones la ordenanza estaría viciada de inconstitucionalidad por no haber señalado término. En este caso la ordenanza se aprobó en 1960 y el decreto por medio del cual se ejercieron las supuestas facultades es de 1968. No se necesita lucubrar muy extensamente para concluir que del simple examen del artículo 43 de la Constitución se concluye que el Gobernador no puede imponer contribuciones ni aun con el pretexto de ejercer facultades otorgadas por la Asamblea que, se repite, en este caso no le fueron atribuidas.**

II. **PROMULGACION.**— De los actos administrativos.— **La sola declaración que haga el Consejo en auto que no admita la demanda sobre inexistencia del acto acusado por falta de promulgación no es suficiente para impedir que las autoridades le den aplicación y por eso se ha decidido adicionar y completar la doctrina en el sentido de que en tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defectos de forma.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero sustanciador: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Ref.: Radicación Nº 1229. Apelación del auto de 30 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Caldas que negó la suspensión provisional del Decreto Nº 0042 de 1968 de la Gobernación del mismo departamento.

El 26 de enero de 1968 el Gobernador de Caldas firmó el Decreto Nº 0042 por el cual se aumenta el impuesto de consumo que grava los vinos de producción nacional.

El 12 de abril de 1969 el doctor Julio Flórez Betancourt presentó demanda de nulidad contra el acto citado y solicitó la suspensión provisional.

La demanda fue admitida, luego la suspensión provisional negada porque en concepto del Tribunal no se expuso en qué consistía la violación de los artículos 43 y 191 de la Constitución.

El auto fue apelado y corresponde al Consejo decidir.

Según se afirma en los considerandos del propio decreto éste fue dictado en ejercicio de las facultades que al Gobernador confirió la ordenanza Nº 6 de 1960 cuyos dos primeros artículos rezan así:

"Artículo 1º Autorízase al Gobierno Departamental para realizar directamente o por intermedio de una comisión de expertos, reformas en la administración de rentas departamentales, en los sistemas de recaudo, en los procedimientos para controlar el fraude a las rentas y en general, en aquellos aspectos que tengan que ver directamente con el fisco departamental.

"Artículo 2º En uso de las facultades conferidas en el artículo anterior, el Gobierno Departamental podrá elaborar un nuevo Código de Rentas Departamentales, modificar los sistemas del resguardo y en general adoptar las medidas que juzgue convenientes para la recuperación de las rentas del departamento".

En concepto del demandante el decreto viola los preceptos del artículo 43 y del 191 de la Constitución por cuanto en tiempo de paz sólo las asambleas departamentales pueden imponer contribuciones y con estricta sujeción a las condiciones y dentro de los límites que fije la ley.

Del texto de los preceptos transcritos se deduce que la Asamblea no facultó al Gobernador para establecer contribuciones ni podía hacerlo porque en 1960 esta potestad no era delegable. Esa dificultad fue subsanada por la reforma de 1968 que permite a las asambleas autorizar al Gobernador para ejercer funciones de las que les son propias con la condición de que tales facultades se otorguen **pro témpore**. Es obviamente inconstitucional la delegación indefinida de facultades de modo que aunque la Asamblea hubiera autorizado al Gobernador para establecer contribuciones la ordenanza estaría viciada de inconstitucionalidad por no haber señalado término. En este caso la ordenanza se aprobó en 1960 y el decreto por medio del cual se ejercieron las supuestas facultades, es de 1968.

No se necesita lucubrar muy extensamente para concluir que del simple examen del artículo 43 de la Constitución se concluye que el Gobernador no puede imponer contribuciones ni aun con el pretexto de ejercer facultades otorgadas por la Asamblea que, se repite, en este caso no le fueron atribuidas.

Resta examinar la naturaleza de la acción incoada y si el acto acusado es de carácter general y abstracto o es constitutivo de situaciones jurídicas concretas y subjetivas como lo afirma el apoderado del Gobernador.

El artículo 1º del decreto dice: "A partir de la vigencia del presente decreto el impuesto de consumo a que están sujetos los vinos de producción nacional que se introduzcan al departamento de Caldas o que se fabriquen o produzcan dentro de su territorio para consumo en él, se hará efectivo conforme a la siguiente tarifa: ...".

Obviamente el estatuto que establezca impuestos es de carácter general o impersonal y obliga a todas las personas que se encuentren en las condiciones que las hacen sujetos de la contribución. Según el certificado de la Oficina Jurídica de la Procuraduría del departamento por conducto de la Inspección Primera Instructora de Rentas Departamentales de Manizales se notificó el citado decreto a los comerciantes mayoristas, introductores directos e indirectos que negocian con vinos de producción nacional y los fabricados con materias primas extranjeras según aparece en documentos que reposan en el archivo de la citada dependencia oficial y probablemente por esto se explica que no existe constancia de que el referido decreto hubiera sido publicado en el periódico Caldas que es el órgano oficial del departamento.

Truco tan original le permite afirmar al apoderado del Gobernador que no es procedente la acción pública.

El solo hecho de que el decreto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto que no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantía para los gobernados y que, aunque ello constituya delito, ponen en vigencia y exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados.

La sola declaración que haga el Consejo en auto que no admita la demanda sobre inexistencia del acto acusado por falta de promulgación no es suficiente para impedir que las autoridades le den aplicación y por eso se ha decidido adicionar y completar la doctrina en el sentido de que en tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defecto de forma.

Por las consideraciones expuestas, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º Revócase el auto apelado.

2º Suspéndese provisionalmente el Decreto número 0042 de 1968 por el cual se aumenta el impuesto de consumo que grava los vinos de producción nacional, originario de la Gobernación del departamento de Caldas.

Cópiese, publíquese, notifíquese; dése cuenta al Gobernador del departamento de Caldas y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

En este juicio no es necesario el uso del papel sellado.

Este auto fue estudiado y aprobado en la sesión del 11 de septiembre de 1969.

Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro.

Angel Camacho Ramírez, Secretario.



GOBERNACION DE BOLIVAR

SUSPENSION PROVISIONAL.— Sus efectos.— **Cuando la Ley 167 de 1941, al desarrollar el precepto constitucional contenido en el artículo 193, dice en su artículo 94 que "El Consejo de Estado y los tribunales administrativos pueden suspender** los efectos de un acto o providencia...", **no puede estar haciendo una distinción entre el acto y sus efectos, como quiera que suspender los efectos dejando el acto incólume sería ponerse en contradicción o ir más allá de lo que autoriza la Carta.**

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.— Por falta de notificación.— **La Sala cree conveniente precisar que un acto administrativo no es nulo en sí mismo por la falta de notificación, aun cuando ésta sea de imperioso cumplimiento. Igual puede decirse de la falta de promulgación. Una cosa es que para que entre a regir aquel acto sea necesaria, bien la previa publicación o la notificación y otra que el acto haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (Art. 62 del C. C. A.) o en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere (Art. 66 ibídem). En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contencioso administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición legal que permita la anulación del acto por no haber sido notificado o publicado.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., noviembre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge de Velasco Alvarez).**

El apoderado de los herederos del señor Carlos Vélez Pombo ha apelado del auto que, con fecha 28 de julio de 1969, dictó el Tribunal Administrativo de Bolívar, auto por el que se "decreta la suspensión provisional de los efectos de la resolución del 4 de febrero del año en curso, dictada por la Gobernación del departamento de Bolívar".

La resolución mencionada autoriza a la familia Vélez para pedir la desocupación de varios inmuebles de su propiedad que tiene en arrendamiento el señor Alfonso Laserna Pinzón. Este último demandó ante el Tribunal el acto de la Gobernación y pidió la suspensión provisoria

de éste, por considerar que se ha violado el Decreto 2733 de 1959 en sus artículos 11 y 12, como también el artículo 314 del Código Judicial.

"La cuestión que corresponde resolver, —dice el a quo— está circunscrita exclusivamente en lo que toca a la falta u omisión de la notificación personal que debía hacerse al señor Alfonso Laserna Pinzón, quien en calidad de arrendatario de los inmuebles arrendados, debía desocuparlos de acuerdo con la autorización en la resolución acusada".

Esa notificación fue hecha al señor Laserna, por publicación efectuada en la Gaceta Departamental de Bolívar; pero como en las diligencias no hay constancia de que se hubiera hecho algo por conseguir la notificación personal, el Tribunal da por no cumplida tal exigencia legal.

Desde luego en este expediente solamente figuran copias de las diligencias y un certificado de la Asesoría Jurídica de la Gobernación en donde se dice que al señor Laserna se le notificó por aviso publicado en la Gaceta, sin que pueda deducirse fácilmente que no se le hubiere buscado para notificarlo personalmente.

Mas el caso que debe estudiarse es el de la suspensión de los efectos del acto acusado:

La Constitución Nacional en su artículo 193 estatuye que "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley".

Esta disposición constitucional es el origen del recurso de suspensión, y en ella se habla de los **actos** administrativos. De suerte que cuando la Ley 167 de 1941, al desarrollar el precepto constitucional transcrito, dice en su artículo 94 que "El Consejo de Estado y los tribunales administrativos pueden suspender **los efectos de un acto o providencia**...", no puede estar haciendo una distinción entre el acto y sus efectos, como quiera que suspender los efectos dejando el acto incólume sería ponerse en contradicción o ir más allá de lo que autoriza la Carta.

Síguese de lo anterior que el sujeto de la suspensión es el acto mismo y que, cuando el Código Contencioso Administrativo habla de suspender los efectos, significa que tales efectos o su ejecución no pueden operarse porque el acto que los motiva ha sido suspendido.

Es necesario, pues, suspender el acto administrativo para que éste no pueda ejecutarse.

Ahora bien, en el caso de autos el acto administrativo (resolución de la Gobernación) ha sido tachado porque no se observó estrictamente el mandato de los artículos 10 y 11 del Decreto 2733 de 1959, o sea porque la resolución no le fue notificada personalmente a un tercero con interés en el caso.

La Sala cree conveniente precisar que un acto administrativo no es nulo en sí mismo por la falta de notificación, aun cuando ésta sea de imperioso cumplimiento. Igual puede decirse de la falta de promul-

gación. Una cosa es que para que entre a regir aquel acto sea necesaria, bien la previa publicación o la notificación y otra que el acto haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (Art. 62 del C. C. A.) o en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere (Art. 66 ibídem). En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contencioso administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición legal que permita la anulación del acto por no haber sido notificado o publicado.

La razón es obvia, un acto administrativo dictado por quien tiene competencia para hacerlo, sin abuso de poder y sin violarse las normas superiores de derecho, es un acto administrativo correctamente dictado. En sí mismo no envuelve ninguna irregularidad. Si hay que notificarlo y no se notifica, cuando más puede aceptarse que no rige antes, pero no que sea nulo; y las aplicaciones que hubiere tenido serían motivo de cualquiera otra acción menos de la de nulidad, o sea que lo demandable sería un hecho de la administración basado en un acto que no podía regir.

Como antes se dijo, para que queden suspendidos los efectos de un acto es menester suspender el acto mismo y éste no puede suspenderse sino cuando viola flagrantemente normas superiores en cuanto a la expedición del mismo acto, que no es el caso de la resolución gubernamental acusada en este juicio, según se ha dejado expuesto.

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, **revoca** el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO UNICO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

CONCEJO MUNICIPAL DE BELLO

I. ACUERDOS DE LOS CONCEJOS.— La norma del artículo 11 del Decreto 49 de 1932 impone a los cabildos la obligación de "citar precisamente la disposición que les confiere la facultad para dictar el acto"; y el no hacerlo constituye quebrantamiento de norma superior jerárquica.

II. VALORIZACION.— No puede cobrarse este gravamen por obras de repavimentación ya que esto violaría las normas que impiden la doble tributación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**).

Ref.: Expediente número 1062. Actor: John Quijano A. Apelación de la sentencia de 14 de diciembre de 1967 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de nulidad del acuerdo número 2 de 1965, expedido por el honorable Concejo Municipal de Bello.

La sentencia que con fecha 14 de diciembre de 1967 profirió el Tribunal Administrativo de Antioquia declarando nulo el parágrafo final del artículo 51 del acuerdo número 2 de 1965 dictado por el cabildo del municipio de Bello, en cuanto reza "Con el visto bueno de la Junta de Valorización y del Ingeniero Jefe", fue apelada por el actor. Surtidos los trámites propios del recurso, debe examinarse el mérito del fallo, para decidir sobre lo cual,

La Sala considera

Dos fueron los actos del cabildo de Bello sobre los cuales impetró lo demanda pronunciamiento de nulidad: El acuerdo número 2 de 1965. que estableció el impuesto de valorización, al cual se tacha de carencia de aprobación especial por parte del Gobernador; y el acuerdo número 21 del mismo año, que reformó el anterior, considerado nulo por no haberse citado la disposición legal que confiere al Concejo autorización para proferirlo.

La sentencia solamente accedió a la petición relacionada con el parágrafo final del artículo 51 del acuerdo número 2 y desoyó las restantes.

En la vista fiscal, el Agente del Ministerio Público, doctora Aydee Anzola, luego de prolijo estudio del caso, pide confirmatoria para la providencia recurrida.

Acuerdo número 21. Guardando el orden en que la sentencia analiza los actos demandados, se ocupará la Sala de este acuerdo que se acusó por quebrantar el artículo 11 del Decreto 49 de 1932 que obliga a los concejos municipales a citar precisamente la disposición que les confiere la facultad que invocan. Al respecto el Tribunal reconoce que en realidad se omitió tal formalidad y que él mismo, en el auto de 3 de marzo, en este negocio "sostuvo la tesis bastante sensata de que tal informalidad daba lugar a la sanción de nulidad de acto así expedido" pero que en sentencia de mayo 29 del mismo año se enmendó tal criterio con dos argumentos "en sentir de la corporación vertebrales".

La Fiscalía (fl. 77 de la vista de fondo) prohija esta tesis transcribiendo lo dicho por el Tribunal en la providencia citada, confirmada por esta superioridad, pese a lo cual se abstuvo de pedir que el acuerdo número 21 se anulara, lo que en realidad aparece discorde e incongruente, puesto que si en su opinión la carencia de tal formalidad es causal para anularlo, así ha debido elevar su petición al Consejo.

La norma del artículo 11 del Decreto 49 de 1932 no deja lugar a dudas; muy clara es la obligación que impone a los cabildos de "citar precisamente la disposición que les confiere la facultad para dictar el acto". Y su aplicación ha sido constante y reiterada de parte del Consejo de Estado. Los argumentos del Tribunal encaminados a enmendar tal criterio, se traducen en que "esta irregularidad en la expedición de los actos administrativos por parte de los concejos, son irrelevantes (sic) jurídicamente, porque no son fórmulas sustanciales, destinadas a garantizar derechos o intereses particulares, y que el decreto presuntamente violado es inaplicable por exceso en la potestad reglamentaria. Que el decreto dice ser reglamentario de la Ley 4ª de 1913 "pero que en ninguna de sus disposiciones puede verse; ni expresa ni implícitamente, la exigencia de las formalidades de cuya omisión se trata".

Basta, para disentir con estos argumentos del Tribunal, considerar la razón que lo asistió en su providencia anterior cuando afirmó "que esta formalidad externa, dictada indudablemente para prevenir a tales cuerpos administrativos contra las improvisaciones y decisiones precipitadas que pudieran llevarlos a intervenir en campos que no sean de su incumbencia, aparece ostensiblemente incumplida o eludida con la sola invocación vaga y general a las facultades legales. El precepto exige precisión en la cita de la disposición y la generalidad es la antítesis de aquélla".

Y no es meramente irregularidad omitir la cita precisa de la disposición facultativa, sino quebrantamiento de norma superiormente jerárquica, imperativa, clara, ineludible que precisamente se inspira en la garantía a los derechos de los propios municipios y de los intereses particulares que puedan afectarse con el acto. Además, no es dable afirmar que el Decreto 49 de 1932, presuntamente violado a juicio del a quo, pero ostensiblemente violado a juicio de la Sala, "es inaplicable por exceso en la potestad reglamentaria", porque para llegar a con-

clusión semejante, precisaría apoyarse en decisión ejecutoriada de tribunal competente que así lo hubiera establecido en juicio sobre la materia. El supradicho artículo 11 conserva la plenitud de su vigencia y su observancia, por lo tanto, es obligatoria.

Como la Sala no comparte la "jurisprudencia del Tribunal por el momento" procederá a anular el acuerdo número 21 de que viene tratándose, en desacuerdo también con su colaborador Fiscal.

Acuerdo número 2. Se le tacha en forma general por haber reproducido disposiciones anuladas por la jurisdicción contenciosa; y, por no haber recibido aprobación de parte del Gobernador. Estas dos tachas están suficientemente rebatidas en el fallo que se revisa. Si el acuerdo no obtuvo la aprobación supradicha, como es lo cierto, ella en la hora actual debe considerarse innecesaria por virtud de lo previsto en el artículo 17 del Decreto legislativo 1604 de 1967 que declaró, con fuerza de ley, el alcance del artículo 18 de la Ley 1ª de 1943, en el sentido de que los acuerdos sobre contribuciones de valorización no necesitan para su validez tal aprobación. La doctrina ha establecido que las leyes interpretativas de otras deben aplicarse desde su promulgación no sólo para decidir las controversias que ocurran o se ventilen sobre actos o contratos ejecutados o celebrados con posterioridad, sino también a las ocurridas antes. (Sent. Oct. 16 de 1924 — XXXI, 73 citada por el Tribunal).

No existe, pues la reproducción de disposiciones anuladas, cargo que la demanda fundamenta en que la justicia administrativa anuló varios acuerdos carentes de aprobación del Gobernador y por esta causa. Dice la demanda: "Si la causa de anulación fue la de falta de un requisito del cual igualmente carece el primero de los acuerdos anulados, la esencia principal por la que se solicita de nuevo la anulación, es igual a la que motivó la anulación de los anteriores, y por consiguiente, es el caso de dar operancia práctica a los artículos 99 y 100 del Código Contencioso Administrativo ya que se trata de acuerdos que reglamentan la misma materia". Y ello así hubiera ocurrido ciertamente de no haberse expedido el Decreto legislativo 1604 que hizo innecesaria la aprobación del Gobernador. Es verdad que en el momento de dictarse el acuerdo número 2 no existía esta norma legal, pero el vicio fue convalidado por propia virtud del artículo 17, ínsito, de manera que la reproducción del mismo defecto no es ahora motivo de nulidad.

Peticiones subsidiarias

Artículo 5º, literal a) tachado por cuanto comprende dentro de las obras que pueden realizarse por el sistema de valorización, la repavimentación de plazas, calles y avenidas, del cual se predica en la demanda que viola el artículo 7º de la Ley 113 de 1937 que autoriza la contribución para la pavimentación pero no para la repavimentación a que da lugar el mal sostenimiento de la obra por parte del municipio o su construcción antitécnica y deficiente. Esta nueva contribución es contraria al artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal en cuyos numerales 4º y 9º se prohibe a los cabildos imponer dobles contribuciones a la propiedad inmueble por un mismo concepto. Y lo que hace esta norma acusada es gravar lo ya gravado.

El Tribunal desecha el cargo porque a su juicio "el artículo 1º del Decreto extraordinario 1604 de 1966 que normatiza (sic) y define lo que se entiende por impuesto de valorización, trae un concepto, no sólo reformatorio, sino novedoso de este sistema de progreso". Según la norma el referido impuesto se hace extensivo a todas las obras de interés público que ejecute cualquier entidad de derecho. Se cambió el sistema localista y parroquial por otro más dinámico, equitativo y justo. De allí que si el estatuto de valorización estableció el impuesto para la financiación de repavimentación de calles, avenidas y plazas, lo estaba haciendo bajo el respaldo de nuevas jerarquías legales. Esas obras de repavimentación son de interés público y con ellas los predios reciben un mayor valor. Dice el Tribunal: "Si la ley autoriza, pues, el cobro de este nuevo impuesto, que en concepto de la Sala no es un impuesto sino un sistema de financiación para obras urgentes de la comunidad y de innegable interés público, entonces cómo puede hablarse de doble tributación? Si con esa lógica se procediera, tampoco se pudieran cobrar otros impuestos, tales como los de industria y comercio, de peaje y otros más autorizados legalmente".

A todo lo anterior la Sala observa lo siguiente: a) Es verdad que la valorización no es un impuesto; y la doctrina del Consejo tiene sentado, de tiempo atrás, que se trata de una contribución y no de un impuesto. Por lo mismo no puede ser comparable con verdaderos impuestos como son los de catastro, peaje, etc. El propio Decreto 1604 de 1966 aludido lo denomina "contribución de valorización". b) Conviene fijar con claridad los términos del artículo 1º ibídem en que apoya el Tribunal su tesis sobre repavimentación. Las voces de esta norma expresan: "El impuesto de valorización establecido por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 como una contribución sobre las propiedades raíces que beneficien con la ejecución de obras de interés público local", se hace extensivo a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios o cualquiera otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble, y en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización. La cuidadosa lectura del ordenamiento transcrito repudia el concepto del a quo de que "el enjuiciamiento (que hace la demanda) es curialesco y un tanto rebuscado". Se encontrarán entre las obras de interés público local, de que habla el decreto, aquellas de repavimentación de calles, plazas y avenidas? Podrá darse a la norma interpretación tan lata? Ciertamente la repavimentación es obra necesaria, útil, conveniente al ornato, comodidad, celeridad del tránsito etc. Pero se cumple sobre obras ya hechas con anterioridad y sobre las cuales se cobró la contribución antedicha. Por ello no es desacertado afirmar que si por la pavimentación realizada se cobró valorización no puede volverse a derramar otra por la repavimentación. Con la obra inicial, a cuyas expensas contribuyeron los propietarios afectados, adquirió el municipio la obligación de sostenerla y repararla, ya que los particulares beneficiados cumplieron con la suya pagando la cuota fijada para ejecutar la obra. Y no serían ellos los obligados a correr las contingencias del uso inveterado o de una construcción deficiente, antitécnica o mal conservada y sostenida, cuya responsabilidad cabe únicamente al municipio. Así, pues, ciertamente aparece que el literal a) del artículo 5º acusado, impone otra contribución con una misma causa y por idéntico concepto. Porque la repavimentación no

es sujeto de gravamen de valorización, es simplemente como sujeto de sostenimiento que debe ser considerada. El quebrantamiento de normas superiores que impiden el doble gravamen, aparece, así ostensible y debe ser declarado, en desacuerdo con la vista fiscal.

Literal f) artículo 5º Concede la Sala acogimiento a lo que el Tribunal decidió sobre este literal, porque él se limitó a estimular y auspiciar la construcción de locales escolares dedicados a la educación primaria y normalista, y porque no hay norma superior que impida cobrar valorización sobre esta clase de obras de verdadero interés general.

Artículo 6º No requiriéndose ulterior aprobación del Gobernador para los acuerdos sobre valorización se ve claramente que puede la Junta de Valorización señalar las obras que han de ejecutarse por ese sistema.

Artículo 13. No se aprecia el quebrantamiento de normas superiores que predica la demanda porque el artículo 18 de la Ley 1º de 1943 faculta a los municipios para escoger entre dos sistemas, de modo que el Concejo podía acogerse al que resultare más acorde con sus necesidades y su organización.

Artículo 20. Ordena este artículo notificar personalmente toda resolución de la Junta o del Jefe de Valorización a los interesados dentro de los diez días siguientes a su expedición y si ello al final del término no se hubiere llevado a cabo, esta notificación se hará por medio de edicto. La opinión del Tribunal al respecto merece acogimiento porque este artículo habla de interesados, es decir de las personas sobre quienes recayó contribución de valorización, así que esos interesados no son terceros frente a la administración.

Artículo 51, parágrafo 2º Se dispone allí que "los empleados y trabajadores que contempla el artículo anterior, con excepción del Secretario-Tesorero, serán nombrados por el señor Alcalde Municipal, con el visto bueno de la Junta de Valorización y el Ingeniero Jefe, de personal conocidamente idóneo. El Tribunal anuló la disposición y lo hizo razonadamente porque el Alcalde es el jefe de la administración municipal al tenor de las leyes allí citadas y la función de nombrar sus empleados no puede serle limitada con el visto bueno de ningún otro funcionario municipal.

Artículo 63. Dice así: "Con el fin de asegurar la debida participación de los propietarios en el proceso administrativo de las obras, la Junta de Valorización Municipal se considerará como delegataria de éstos para la designación de interventor y suplente y podrá, en consecuencia, nombrarlos en uno cualquiera de los siguientes casos:

1º Si los nombrados en junta de propietarios no aceptaron el cargo, lo que se presume en el supuesto de que no se posesionen oportunamente.

2º Cuando, no obstante haberse convocado a reunión, los propietarios con el lleno de los requisitos propios de este acto, no asistieren

a ella ninguno de estos, o cuando a pesar de haber asistido no hicieren los nombramientos.

3º En el supuesto de que los representantes nombrados y posesionados faltaren por lo menos a tres reuniones consecutivas de la Junta, siempre y cuando que sean aquellas a las cuales deben concurrir por razón de sus funciones y se les hubiere citado legalmente con tal fin.

4º Cuando los representantes de los propietarios se ausentaren del municipio por más de un mes o durante el ejercicio del cargo renunciaren expresamente a éste".

La demanda estima que con esta disposición se quebranta el artículo 22 de la Ley 1ª de 1943 que ordena dar intervención a los propietarios beneficiados, derecho éste en favor de los contribuyentes que en ninguna forma puede ser desconocido por los concejos en la organización que acuerden para percibir la contribución de valorización.

El Tribunal opina que la norma acusada sólo se limita a dar protección a los beneficiarios y contribuyentes de la obra pues puede presentarse el caso de que no hagan uso de ese derecho y la obra no puede paralizarse por este motivo por lo cual la Junta se considera delegataria de los "apáticos contribuyentes". La Fiscalía del Consejo transcribe prohijándola esta tesis. Empero, para la Sala el camino escogido con ese propósito ciertamente laudable, ha sido equivocado. Con cuál apoyo legal, se pregunta, la Junta de Valorización se considera por sí y ante sí como delegataria de los propietarios o beneficiarios para ejercitar un derecho que la ley les confiere a ellos y a nadie más? La delegación implica un mandato y éste no puede darse sino mediante acto de voluntad del mandante, pero jamás tomarse a sus espaldas. Hacerlo así se lleva de calle toda la legislación sobre el particular. Otros caminos existen que pueden conducir al mismo fin para subsanar la renuencia o las faltas de que habla el artículo, pero no el que la Junta ha tomado. Así, pues, se anulará también esta disposición.

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 en desacuerdo, en parte con su colaborador Fiscal,

Falla:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

Primero. Es nulo en su integridad el acuerdo número 21 de septiembre 22 de 1965, expedido por el Concejo Municipal de Bello "sobre Código de Edificaciones, Urbanismo y Planeamiento y otras disposiciones".

Segundo. Son igualmente nulos los siguientes ordenamientos del acuerdo número 2 de 1965 (enero 29) expedido por el mismo Concejo Municipal de Bello "por medio del cual se reglamenta en el municipio el Departamento de Valorización y se dictan otras disposiciones sobre la materia":

a) El literal a) del artículo 5º pero sólo en cuanto a la frase que dice: "repavimentación de plazas, calles y avenidas";

b) El parágrafo segundo del artículo 51 en cuanto a la frase que dice: "con el visto bueno de la Junta de Valorización y del Ingeniero Jefe";

c) El artículo 63 en su integridad.

Se deja constancia de que este negocio entró para fallo el día 8 de julio del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

I. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— Evolución.— Criterios. **Ya el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido de que las** cláusulas exorbitantes **son las que caracterizan los contratos administrativos, aun antes de que por virtud del Decreto 528 de 1964 se le diera a la jurisdicción contencioso administrativa competencia para conocer de "controversias relativas a contratos administrativos" celebrados por personas de derecho público, continuando implícitamente a cargo de la jurisdicción civil la relativa a contratos no clasificables como administrativos.**

II. CLAUSULA DE REVISION PERIODICA DE LOS PRECIOS. No es evidente que la cláusula de revisión periódica de los precios en función de las variaciones de los factores determinantes de costos previstos sea una cláusula exorbitante, pues no establece ella un privilegio legal en favor de la entidad administrativa sino una relación de equidad para ambas partes.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., agosto cuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez**).

Ref.: Expediente número 786. Apelación interlocutorios. (indemnizaciones). Actor: COLFICOM (Colombiana de Fomento Industrial y Comercial).

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado de COLFICOM Ltda., contra el auto por el cual confirmó ella el del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que no admitió la demanda presentada el 18 de octubre de 1966 por carecer de competencia para conocer de una controversia que estimó originada en un contrato de derecho común entre la empresa demandante y el Club Militar.

Al entrar el actual Consejero sustanciador a estudiar las cuestiones propuestas por el recurrente, observó, en auto del 9 de noviembre de 1968, que se había omitido notificar al Club Militar, por medio de su Director, del auto inadmisorio proferido por el Tribunal, notificación que se había ordenado en el mismo. En consecuencia ordenó hacer

dicha notificación, la cual se llevó a cabo por medio de despacho que aparece remitido el 13 de diciembre, sin que conste la fecha de su entrega. El señor Director del Club Militar aparece presentándose ante el Juez 22 Municipal el 7 de abril de 1969 otorgando poder al doctor Humberto Alvarez Rico para que represente los intereses del Club en las diligencias que se adelantan con motivo de la demanda de Colficom, pero dicho poder sólo fue presentado en la Secretaría de esta Sección el 27 de junio, si bien dos días antes había traído dicho apoderado un memorial al que adjuntó una carta dirigida por el Gerente de Colficom Ltda. al Club Militar con fecha 6 de julio de 1965 en la que solicitaba una prórroga de 30 días para el cumplimiento del contrato del 29 de marzo del mismo año sobre construcción e instalación de tanques y calentadores de agua, manifestando haber tenido inconvenientes imprevistos con el personal de trabajadores de la empresa. Por lo demás, en dicho memorial el doctor Alvarez Rico dice que el Club se allana a hacerse parte en el proceso adelantado hasta esa fecha y se manifiesta de acuerdo con la tesis segun la cual se trata de un contrato común de confeccion de obra que el Club Militar, obrando como persona de derecho privado, celebró con la empresa Colficom Ltda. y que ésta no cumplió por razones distintas de las que ahora alega, segun contribuye a demostrarlo la carta que adjunta.

El 20 de junio de 1969 se presentó personalmente ante la Secretaría de esta Sección el general Emilio Tovar Lemus en su calidad de representante legal del Club Militar para constituir apoderado en este negocio al doctor Armando Morales Benitez, quien aceptó. Con fecha 30 de junio presentó el mismo representante legal del Club Militar otro memorial en el cual revoca el poder otorgado al doctor Alvarez Rico y confirma el discernido al doctor Morales Benitez, a quien pide reconocer como tal.

A su vez, el doctor Morales Benítez, en escrito presentado el 3 de julio se manifiesta de acuerdo con lo decidido en la providencia que es objeto del recurso de reposición.

Para resolver sobre las cuestiones planteadas por el señor apoderado de Colficom, Ltda.,

Se considera

Consta en el contrato celebrado entre la nombrada firma y el Club Militar de Bogotá, representado por el general Emilio Tovar Lemus que aquélla se comprometió "a construir e instalar en la Sala de Máquinas del Club Militar, conforme a los planos remitidos el 9 de marzo de 1965, dos tanques calentadores de agua con capacidad de 1.500 galones por hora, c/u, a una temperatura de 180º F, construidos en lámina negra con un espesor de 3/8", con diámetro de 1.12 x 3.60 metros de longitud convenientemente aislado con lana de vidrio de 2" (Fiber glass), protegido este aislamiento con una capa de cemento aislante y recubrimiento exterior en lámina galvanizada de calibre 30. El montaje de los calentadores incluye la instalación de sus correspondientes registros de entrada de vapor, entrada y salida de agua, cheques de cortina en la entrada de agua fría, entradas de circulación de agua caliente y salidas de agua caliente". Sigue una enumeración de

partes complementarias de los tanques calentadores y las especificaciones de todos los componentes de la instalación.

Se acordó que los tanques serían entregados previa prueba de presión hidrostática certificada por Compañía de Seguros. Se fijó el valor de la obra contratada en la suma de $ 69.470.00, que el Club pagaría a Colficom "en la siguiente forma: 50% a la firma del presente contrato. Este anticipo será garantizado por Colficom mediante una póliza de cumplimiento de contrato expedida a favor del Club Militar por una Compañía de Seguros y por la cantidad detallada en el presente contrato y por un término de 90 días, el saldo, o sea el otro 50%, será pagado cuando el Club Militar reciba a satisfacción lo aquí contratado". "5º Se ha fijado el término de 60 días para la entrega de la obra aquí contratada, contando a partir de la fecha del anticipo. 6º Colficom ofrece garantía de funcionamiento por el término de un año sobre los equipos instalados. 7º Se omite cláusula penal puesto que Colficom ofrece póliza de garantía de cumplimiento de contrato expedido por Compañía de Seguros".

La póliza de la Compañía Latinoamericana de Seguros lleva fecha 26 de marzo de 1965 y se refiere al contrato suscrito el 25 del mismo mes para garantizar la correcta inversión del anticipo recibido por el contratista. Así, pues, el plazo de 60 días para la ejecución de la obra parece debió empezar a contarse desde ese día.

El 18 de noviembre de 1965 se dirigió el Gerente de Colficom al Director del Club Militar en carta en que le dice que 30 días después de nuestro contrato comenzó a rumorarse una posible devaluación monetaria y que a consecuencia de ello los comerciantes importadores comenzaron a suspender las ventas por estar a la expectativa de las medidas oficiales. "Fue así como resultó imposible adquirir materiales a cualquier precio en meses de mayo y junio". Sigue explicando lo relativo a la devaluación que comenzó a operar, según lo dicho en la carta, cuando ya llevaba más de un mes de corrido el plazo de 60 días pactado para la entrega de la obra. Luego hace una relación de los costos anotados en sus libros, según la cual lo invertido por la empresa en el contrato hasta la fecha, incluyendo la dirección técnica, alcanzaría a $ 108.943.70 cuando el valor del contrato sólo alcanzaba a $ 69.470.00. De ahí deduce una pérdida de $ 39.474.00 para la compañía, de la cual dice no es responsable ella ni el Club Militar, sino que obedece a las razones expuestas. Pide, en consecuencia, al Club un reajuste del precio declarando no haberle sido posible cumplir el contrato sobre la base pactada y dice que tal reajuste se impone por razón de equidad y que la administración del Club lo puede reconocer ya que "legalmente tiene facultad para hacerlo". En el párrafo anterior había dicho que de acuerdo con los principios generales que rigen los contratos administrativos se entiende incorporada en ellos una cláusula de acuerdo con la cual, cuando a juicio de la administración sea necesario modificar las condiciones de un contrato la administración puede hacerlo unilateralmente. De ahí que "en este caso lo mismo que en aquel otro en que los precios de los elementos necesarios para la obra varían, la administración debe reajustar los precios del contrato".

Como puede observarse, a la fecha de esta comunicación el plazo convenido para la ejecución de la obra estaba vencido hacía varios meses, pues éste terminaba el 26 de mayo, según lo pactado.

Ya en 15 de septiembre de 1966 aparece la carta dirigida por el apoderado de Colficom al Club Militar en que le propone un arreglo extrajudicial sobre la base del mayor costo de la obra, diciendo que esta fue ejecutada en un 85%. Sostiene que se trata de un contrato administrativo y cita la Ley 4ª de 1964 sobre el particular, e invoca la circunstancia de que el Club Militar es un establecimiento público creado con las facultades que dio al Gobierno la Ley 124 de 1948.

Todos los antecedentes citados son importantes para enfocar el problema que se ha suscitado a propósito de la jurisdicción competente para conocer de la controversia incoada en la demanda.

Para sustentar su recurso contra la providencia de esta Sala que confirma el auto del Tribunal por el cual declara carecer de competencia para conocer de la demanda por tratarse de una controversia de derecho privado, estimando que se trata de un simple contrato de confección de obra de los reglamentados por los artículos 2035 a 2062 del Código Civil y no de un contrato administrativo, presenta el señor apoderado de Colficom, en síntesis, las siguientes razones:

a) Que las actividades del Club Militar, establecimiento híbrido, descentralizado para sus fines, pero dependencia oficial subordinada en lo relativo a su disciplina, son de naturaleza de servicio público;

b) Que por virtud del artículo 1501 del Código Civil se distinguen en un contrato las cosas que son de su naturaleza y las que son de su esencia y que es de naturaleza de los contratos para construcción, mejora, reforma y conservación, etc., de obras de las personas públicas el contener cláusulas exorbitantes. Para esta aseveración se funda en lo ordenado por las Leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966, en armonía con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". De ahí deduce que el contrato celebrado por Colficom con el Club Militar, en el que se origina la demanda, es un contrato administrativo, pues implícitamente contiene las cláusulas exorbitantes impuestas en aquellas leyes.

Para resolver, se considera

En Colombia la cuestión de si un contrato determinado correspondía a la clase de los que los tratadistas denominan específicamente administrativos sólo tuvo importancia teórica para fines distintos del de la competencia de jurisdicción, ya que todas las controversias originadas en contratos celebrados por personas de derecho público estaban atribuidas a la jurisdicción civil y expresamente sustraídas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por el numeral 1º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. (Ley 167 de 1941).

La Corte Suprema de Justicia, mientras le correspondió decidir sobre controversias originadas en contratos celebrados por la administración, acogiéndose a la doctrina de los tratadistas, especialmente de los franceses, ya que nuestra legislación en materia contencioso administrativa ha adoptado los principios básicos de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado de Francia, estimó que lo que sustancialmente diferenciaba el contrato administrativo del de derecho común era que

el primero se celebraba con el fin de efectuar la prestación de un servicio público, vale decir, para satisfacer por ese medio las necesidades de carácter general cuya insatisfacción pudiera ocasionar graves trastornos de orden social y económico. Y esto sobre la base de que los servicios públicos por su naturaleza deben satisfacer las necesidades de la comunidad y éstas tienen carácter permanente, por lo cual deben ser satisfechas garantizando en lo posible la eficiencia y continuidad del servicio. De otra parte, la principal finalidad del Estado es la prestación de los servicios públicos. Y desde luego, se reconocía que había contratos celebrados por personas públicas que no se diferenciaban de los de derecho común que celebran los particulares.

La complejidad de la organización administrativa en los tiempos más recientes, la creación de organismos descentralizados que se destinan a prestar gran variedad de servicios y tienen que acudir para distintos fines a contratos de derecho común, y la prestación de servicios públicos por personas de derecho privado, han conducido en los últimos años a que se considere ante todo como característica diferencial entre los contratos administrativos propiamente dichos y los contratos comunes de derecho civil o comercial de los entes administrativos la de que aquéllos contienen cláusulas exorbitantes.

En cuanto a lo que debe entenderse hoy en Colombia por servicio público, debe recordarse que está definido en el artículo 1º del Decreto 758 de 1956 como "toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas".

Esto ha hecho más necesario acudir a la noción de las cláusulas exorbitantes como criterio diferencial entre los contratos administrativos que por su naturaleza las deben contener y los de derecho común. Y esto sin perder de vista que las cláusulas exorbitantes se imponen por ministerio de la ley en los contratos administrativos con la finalidad de asegurar la prestación eficiente y continua de los servicios públicos a cargo de las personas públicas.

Ya el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido de que las cláusulas exorbitantes son las que caracterizan los contratos administrativos, aun antes de que por virtud del Decreto 528 de 1964 se le diera a la jurisdicción contencioso administrativa competencia para conocer de "controversias relativas a contratos administrativos" celebrados por personas de derecho público, continuando implícitamente a cargo de la jurisdicción civil la relativa a contratos no clasificables como administrativos.

En el presente caso se ha alegado que el contrato sobre construcción y montaje de los tanques calentadores de agua en el edificio del Club Militar, por tratarse de la construcción de una obra **para dicho instituto descentralizado**, contiene implícitamente la cláusula sobre revisiones periódicas de los precios en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos, porque así lo dispone el artículo 11 en relación con el artículo 1º y el ordinal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1964, preceptos que deben considerarse incorporados en el contrato de que se habla. Se prescinde de las disposiciones de la Ley 36 de 1966 porque ella fue posterior a la época en

que se celebró y debió cumplirse el contrato que origina la controversia planteada en la demanda.

La Ley 4ª citada en su artículo 1º habla de la **construcción**, mejora y conservación **de las obras que les corresponde ejecutar** a la Nación, los institutos y las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales que se contraten con personas privadas. La obra contratada por el Club Militar para su edificio cabe dentro de aquella disposición, puesto que la palabra **obra** tiene un sentido muy general y la construcción y montaje de los tanques en el edificio del Club tiene por finalidad satisfacer una necesidad de esta institución. Pero que las revisiones periódicas de los precios en función de las variaciones de los factores determinantes de los costos previstos sea una cláusula exorbitante no es evidente, pues no establece ella un privilegio legal en favor de la entidad administrativa sino una relación de equidad para ambas partes. Y contenida tal cláusula implícitamente en el contrato, es claro que debía alegarse y demostrarse dentro de la ejecución de éste para que se efectuara el reajuste, pues la cláusula se ha establecido precisamente para que el contrato se ejecute dentro del término pactado. En el contrato de que se habla, debido quizá al brevísimo término de sesenta días en que la Colficom se comprometió a ejecutarlo, se prescindió de la cláusula de las revisiones periódicas, aparentemente innecesaria en lapso tan breve. Pero es de meridiana claridad que si el fenómeno del alza en los costos sobrevino cuando ya el pacto se estaba ejecutando, la empresa contratista debía pedir de inmediato la revisión del precio convenido y no podía esperarse a quedar en mora de cumplir lo pactado para exigir esa revisión.

Aunque parezca paradójico, no se trata de la imprevisibilidad del factor de elevación de costos, pues la cláusula del artículo 11 de la Ley 4ª de 1964 prevé que esa circunstancia pueda presentarse durante la ejecución del contrato y dispone por eso el reajuste oportuno dentro de tal ejecución y no con posterioridad a él.

De las consideraciones anteriores se deduce que las disposiciones de la Ley 4ª de 1964, reglamentadas después en el Decreto 1518 del 10 de junio de 1965, cuando ya COLFICOM había dejado transcurrir el término de ejecución pactado sin alegar el alza de precios para obtener el reajuste, no contienen lo que pueda entenderse por cláusula exorbitante que lo constituya en contrato administrativo, ni parece autorizar una revisión de precios cuando el término de la ejecución se ha dejado vencer sin hacerla valer. Cosa muy distinta sería si contuviera el contrato, implícita o explícitamente, **la cláusula de caducidad**, que sí es de carácter exorbitante, pues constituye una modalidad establecida por la ley para ciertos contratos como derecho unilateral de la administración con la mira de garantizar la eficiencia y continuidad del servicio.

Lo dicho es suficiente para no acceder a la reposición del auto recurrido, pues si no se trata propiamente de un contrato administrativo, aun cuando lo haya celebrado un instituto descentralizado, para la ejecución de una obra que le compete, por no contener ni explícita ni implícitamente una cláusula exorbitante, ya que no lo es la de los reajustes periódicos de los precios en favor de ambas partes, puesto que ella puede convenirse también entre personas particulares como una

fórmula de equidad, especialmente para la confección de una obra material que se ejecuta en largo plazo. Si la ley la hizo obligatoria en los contratos de construcción de obras para los entes de derecho público fue porque se quiso favorecer con ella, más que a la administración, a las empresas constructoras, en vista del fenómeno de devaluación de la moneda que paulatinamente se ha venido registrando, y con la intención de que dichas empresas no se retraigan de contratar con las entidades de derecho público, las cuales, de otro lado, no pueden hacer en materia de contratos sino lo que esté autorizado por la ley.

En consecuencia de lo expuesto se resuelve **no acceder** a reponer el auto recurrido.

Queda reconocida la calidad de apoderados del Club Militar que sucesivamente han ejercido los doctores Humberto Alvarez Rico y Armando Morales Benítez, siendo este último el actual apoderado de dicha entidad.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

I. PRUEBA TESTIMONIAL.— Consiste en el relato que una persona hace ante el juez de hechos de que ha tenido conocimiento directo o indirecto, prueba que debe ser analizada de acuerdo con las reglas de una sana crítica.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— Por omisión.— **Respecto de la responsabilidad por "omisión en la prestación de un servicio" al cual estaba obligado el Estado por medio de sus agentes, es requisito indispensable que aparezca demostrado, por una parte, que el mencionado servicio fue solicitado y por otra, que no fue prestado.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Portocarrero M.**).

(Fallo aprobado en la sesión del diez de julio de 1969).

Ref.: Expediente Nº 541. Ordinario (indemnizaciones). Flor María Segura viuda de Echeverri.

La señora Flor María Segura viuda de Echeverri por medio de apoderado, en demanda presentada al Consejo de Estado solicita que, previo el trámite legal correspondiente, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que el Estado colombiano es responsable civilmente por la muerte violenta sufrida por el señor Héctor Echeverri Cárdenas, por actos ocurridos en la ciudad de Ibagué el 14 de junio del año de mil novecientos cincuenta y siete.

"2ª Que en consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a mi poderdante, la señora Flor María Segura vda. de Echeverri en su calidad de esposa legítima del occiso, la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00), por concepto de perjuicios materiales sufridos por ella a causa de la muerte violenta sufrida por su esposo.

"3ª Que también se ordene pagar a la cónyuge supérstite, la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), por concepto de perjuicios mo-

rales sufridos por ella por la misma causa a que se contrae el punto anterior.

"Para el caso de que el Estado colombiano no sea condenado a pagar estas sumas, en subsidio solicito que lo sea a aquellas que puedan ser fijadas por peritos".

Los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción, pueden resumirse así:

1º El señor Héctor Echeverri, propietario y Director del periódico "Tribuna", de Ibagué, por las campañas políticas que adelantaba "fue amenazado de muerte".

2º Del peligro que corría el señor Echeverri se informó a las autoridades ("al Estado colombiano a través de sus organismos administrativos", según palabras del apoderado de la actora) y en un principio se le prestó protección hasta el punto de llevarlo a una concentración militar que existía en la población de Cunday. Afirma el demandante que según el entonces Director General del Ejército, general Navas Pardo al preguntársele por el doctor Echeverri Cárdenas manifestó que "no está preso. Pero como sobre él pesan amenazas lo hemos invitado a Cunday para protegerlo".

3º Un tiempo después (el memorialista no dice cuándo), el señor Héctor Echeverri volvió a Ibagué y "no solamente ya no fue protegido, sino que a pocos pasos de su periódico, en pleno centro de la ciudad de Ibagué, sin que mediara causa justificativa alguna, fue acribillado a balazos, el 14 de junio de 1957".

4º Se afirma en la demanda que hechas las primeras investigaciones, el entonces Servicio de Inteligencia Colombiano fue retirado del Tolima, "con motivo de tal asesinato".

5º Se dice en ella también que el Juez 2º Superior de Ibagué en una declaración afirmó que "aquello de Echeverri Cárdenas, fue un crimen oficial".

Termina esta parte de la demanda con el siguiente párrafo:

"Del relato de los hechos, a través de personas que tendrán necesariamente que testificar durante el término probatorio de este juicio, se ve claramente que estamos en frente de una culpa estatal, ya por acción de agentes del Estado, ya por omisión de los organismos encargados de velar por la integridad de los asociados. Y hoy tales hechos dan fundamento a este libelo".

Como fundamento de derecho cita el apoderado de la actora el artículo 16 de la Constitución Nacional y después de hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad del Estado, concluye que en el caso en estudio se presenta una falla en el servicio público, bien por tratarse de un "crimen oficial", vale decir, perpetrado por agentes de la administración, o bien "porque no se le prestó la debida protección a su vida amenazada como lo confiesa el general Navas Pardo. En otras palabras, falló en la prestación de un servicio público necesario para garantizar la vida de los ciudadanos.

Termina la demanda refiriéndose a la "oportunidad para iniciar acciones indemnizatorias frente a lo dispuesto por el Decreto 528 de 1964 y dice que en el caso sub lite cabe dar aplicación a los artículos 30 y 41 de la Ley 153 de 1887. O dicho de otra manera que la acción al momento de la presentación de la demanda no estaba prescrita o caducada, puesto que al haberse sucedido los hechos con anterioridad a la vigencia del Decreto 528 de 1964 "la prescripción para acciones del tipo de la que hoy iniciamos, jamás puede ser regida por la ley nueva, sino que debe regularse por la ley anterior, que para el caso viene a ser la ley contenida en nuestro Código Civil sobre prescripción ordinaria que contempla un lapso mucho más amplio".

En su alegato de conclusión el apoderado de la parte actora, después de relacionar nuevamente los hechos expuestos en la demanda y de plantear la responsabilidad del Estado por "falla del servicio", con citas de algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, pasa a referirse a lo que él denomina "aspecto probatorio" y "consecuencias deducibles" de aquél. Sobre estos dos puntos tendrá la Sala oportunidad de expresarse al hacer el estudio de las pruebas que obran en el expediente.

El señor Fiscal Primero de la corporación doctor Joaquín Caro Escallón al descorrer el traslado plantea en primer término la excepción de prescripción de la acción para concluir que la demanda fue presentada fuera de tiempo.

En seguida dice que en todo caso por "deficiencia probatoria" "las peticiones formuladas en el libelo de demanda no deben prosperar".

Para resolver, se considera

En vista de la excepción planteada por el señor Agente del Ministerio Público, debe ocuparse en primer término la Sala de este punto, antes de entrar al estudio de fondo del negocio.

No es la primera vez que esta Sección Tercera del Consejo tiene que pronunciarse en relación con el problema planteado por el señor Fiscal 1º.

Por auto de fecha 13 de diciembre de 1968, la Sala de Decisión resolvió la súplica del auto dictado por el señor consejero sustanciador por el cual se negó la admisión de la demanda presentada por el apoderado de la señorita Betulia Peña Peña contra la Nación. Es del caso, por tanto reproducir lo que en aquella oportunidad se dijo, pues el punto planteado era similar al alegado por el señor Agente del Ministerio Público.

La parte pertinente del auto en cita, dice: "Evidentemente desde la vigencia del Decreto 528 de 1964 'las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración' caducan a los tres años a partir del momento en que se realizó 'el hecho o la operación correspondiente'.

"Pero a esta disposición no puede dársele un efecto retroactivo. Rige solamente para aquellos casos sucedidos con posterioridad al 1º de agosto de 1965, fecha en la cual entró en vigencia el mencionado

decreto. "En segundo lugar, el Decreto 528 dio competencia a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 30, numeral 1º, ordinal b) y artículo 32, numeral 1º, ordinal c) y numeral 2º, ordinal c) para conocer de los juicios sobre responsabilidad extracontractual que se instauren contra la administración (Nación, departamento, municipio o establecimientos públicos). Con anterioridad al 1º de agosto de 1965 conocía de los mencionados juicios la jurisdicción ordinaria y como era natural se regían por las normas de los Códigos Civil y Judicial.

"Sabido es que la jurisprudencia de la Corte, ante la ausencia de un texto legal expreso, después de varios fallos en donde se consagraba la "responsabilidad indirecta" de la administración, con base en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil acoge finalmente la doctrina generalmente adoptada por las jurisprudencias francesa y brasilera, entre otras, de la responsabilidad directa de la administración por 'falla del servicio'.

"En sentencia de 30 de junio de 1962 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del honorable Magistrado doctor José J. Gómez, después de hacer una breve historia de la jurisprudencia en relación con la responsabilidad extracontractual de la administración, dijo:

" '19. La responsabilidad de la administración conforme a la tesis de las 'fallas del servicio', quedó según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes, sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante (ver Nos. 32 a 35).

" 'a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la 'falla del servicio', o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado: es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

" 'b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

" 'c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

" 'd) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima);

" 'e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla;

" 'f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuerza de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo;

" 'g) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe, según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa; y

la acción contra el agente determinado, si lo hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil (en el Nº 34 del presente fallo se aclara y precisa este punto); y

" 'h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa. (Ver Nº 35 ib.).

"Y más adelante la mencionada sentencia agrega:

" '34. La tesis de 'las fallas del servicio público' se encuentra sintetizada en el número 19 de la presente sentencia. La Corte considera conveniente precisar la materia a que se refiere el punto g), acerca de la prescripción de las acciones, tomando en cuenta lo que algunos fallos tienen resuelto:

" 'a) La acción por el daño, contra la administración, trátese de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en veinte años.

" 'El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil, fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro'."

"Esta doctrina, acogida también por la Sala de Negocios Generales de la Corte (fallo de 30 de junio de 1962 con ponencia del doctor Carlos Peláez Trujillo), acorde por lo demás, con las modernas doctrinas del derecho público, la ha venido sosteniendo invariablemente el Consejo de Estado a partir de la vigencia del Decreto 528 de 1964.

"Ahora bien, en cuanto a la 'prescripción de la acción indemnizatoria' como anteriormente se deja transcrito, la Corte adoptó la de 20 años.

"En resumen: ciertas acciones originadas en actividades de la administración que pudieran encajar en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo estaban confiadas a la justicia ordinaria. Esta afirmación tiene su fundamento en la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941.

"En efecto, el profesor Tulio Enrique Tascón al comentar el artículo 261 del Código Contencioso Administrativo que corresponde al capítulo XXII —indemnización por trabajos públicos—, trae sendos párrafos de la exposición de motivos, en uno de los cuales se lee lo siguiente:

"El capítulo que sobre estas materias se encuentra en el Código, lo hemos denominado **indemnizaciones por trabajos públicos**, y la expresión legislativa que contiene tiende a regular el conocimiento a que está obligada la administración cuando quiera que agentes suyos, ads-

critos a su servicio, ejecutan **ocupaciones de hecho** o causan daños en la propiedad privada, con ocasión de un trabajo público. En esta forma, la acción para reclamar queda limitada a los casos en que la ocupación o el daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común, desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil". "El doctor Jaime Vidal Perdomo en su obra "Derecho administrativo general" cuando estudia lo relacionado con el "juez competente para conocer de la responsabilidad del Estado o la actividad administrativa", dice lo siguiente:

"Sobre la idea de que la responsabilidad del Estado era asunto que se decidía mediante principios del derecho privado, en el sistema anterior a la reforma judicial de 1964 la competencia estaba atribuida a los jueces civiles. En el Código Judicial se dispone que si la Nación es demandada, la competencia corresponde al Tribunal Superior, lo mismo si es un departamento, y que el juez del circuito conoce de las demandas contra los municipios, salvo la asignación especial de competencia a la justicia administrativa en relación con las indemnizaciones por trabajos públicos y la derivada de los hechos u operaciones administrativas, los demás asuntos de esta naturaleza estaban confiados a la justicia ordinaria...

"Con los antecedentes que hemos mencionado, especialmente la tesis del Consejo de Estado en el sentido de que la responsabilidad de las personas públicas se rige por principios de derecho público y que está confiada a su competencia, así como el propósito de reducir a la Corte Suprema de Justicia a tribunal de casación, la reforma de 1964 se inclinó por un traslado masivo de la competencia hacia la justicia administrativa. Además del principio general de asignación de competencia a los jueces administrativos consignadas en el artículo 20 del Decreto extraordinario 528 de 1964, la redacción de los textos vinculados al problema de responsabilidad se cuidó bien de expresar el deseo de confiar todos los negocios a los jueces administrativos. Estableciendo un sistema de cuantías igual al de los contratos, el literal b) del artículo 30 dispone que corresponde conocer a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, '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 más adelante agrega:

"Llama la atención la forma detallada como los textos referentes a responsabilidad enuncian los distintos fenómenos que la pueden configurar. En efecto: se mencionan las actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, como indicando el propósito del legislador de cubrir con tales palabras las actuaciones típicas de la administración y aquellos que, similares a los de los particulares, sean o no constitutivos de culpa, para que todos ellos caigan bajo el imperio de la justicia administrativa".

"Lo hasta aquí expuesto puede sintetizarse así:

"1º Con anterioridad a la vigencia del Decreto 528 de 1964 los juicios contra la administración por responsabilidad extracontractual, eran de la 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. Aquí, por tanto, es de aplicación el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 que dice:

"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún el tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

Resuelta así la excepción planteada por el señor Agente del Ministerio Público, pasa la Sala a estudiar el fondo del negocio.

Han sido numerosos los fallos en donde el Consejo de Estado ha fijado su criterio respecto a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio. Basta por tanto resumir aquí las principales ideas expuestas en anteriores providencias.

En el campo de la administración la responsabilidad extracontractual es directa y no hay lugar por tanto a distinguir entre los órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad.

Aquél tiene como deber primordial la realización del bien común de los asociados, principio éste consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional; para ello dispone y organiza los llamados servicios

públicos atendidos por personas que tienen el carácter de funcionarios, empleados o trabajadores oficiales.

Ahora bien, si como consecuencia ya de un mal funcionamiento del servicio o de su "no funcionamiento", o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados; esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquél o aquéllos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligada a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común.

De aquí que el artículo 16 de nuestra Carta fundamental anteriormente citado estatuya que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes...". Los asociados, por tanto, tienen el derecho de recurrir a los funcionarios a cuyo cuidado están los "servicios públicos" para obtener de éstos la protección de los bienes a que se refiere el artículo citado. Si ocurre una falla en la prestación del servicio, bien por omisión o por una inadecuada actividad y como consecuencia se causa un perjuicio, surge la obligación por parte del Estado de indemnizar.

El demandante responsabiliza al Estado por dos razones: 1ª Por omisión en la prestación de un servicio que la hace consistir en que las autoridades no prestaron la debida protección a la vida del señor Héctor Echeverri Cárdenas; y 2ª Que agentes de la administración fueron los sujetos activos de la muerte violenta sufrida por el señor Echeverri. Se estudiarán separadamente estos dos cargos, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente.

Pero antes conviene puntualizar algunos aspectos relacionados con el problema probatorio.

Para demostrar los hechos expuestos en la demanda y deducir de ellos la responsabilidad del Estado, el apoderado de la parte actora recurrió principalmente a la prueba testimonial.

Como lo dice el profesor Antonio Rocha en su obra "De la prueba en derecho":

"El testimonio humano es un medio de información y prueba de imprescindible ocurrencia, pero como vehículo de verdad peligroso en grado sumo, por lo cual las leyes de todos los países lo rodean de precauciones, a veces confiadas a la sana crítica del juez y otras veces a normas expresas de experiencia universal".

La prueba testimonial consiste en el relato que una persona hace ante el juez de hechos de que ha tenido conocimiento directo o indirecto, prueba que debe ser analizada de acuerdo con las reglas de una sana crítica.

Tres situaciones pueden presentarse: 1ª Que el deponente haya sido testigo presencial de los hechos que relata (ex propriis sensibus); 2ª Que manifieste lo que otra le ha relatado (ex auditu alieno); y 3ª Que exponga lo oído por rumor público. Según Gorphe (De la apreciación de las pruebas), solamente la primera clase de testimonio hace verdadera prueba, siempre y cuando se reúnan las condiciones subjetivas y objetivas necesarias para ser aceptada por el juez. No sobra agregar, como lo anota el profesor Rocha en su obra ya citada, que el testigo debe dar "razón de su dicho". La afirmación escueta de "me consta" no es suficiente; según el citado profesor "a más de ser en sí intrascendente, constituye un motivo tan mínimo de fundamento que estimula con facilidad el falso testimonio".

La segunda situación atrás anotada que los tratadistas denominan "ex auditu alieno" no ofrece sino aproximaciones más o menos comprobables. "Es el más falaz y peligroso per se, y que según la doctrina de los artículos 698 y 699 del Código de Procedimiento Civil no prueba el hecho sino las palabras". (Rocha, obra citada).

Finalmente, la declaración del testigo que depone "lo oído por rumor público", por ser vaga, sin origen cierto y conocido, no puede en ningún caso servir de prueba para demostrar la existencia o realización de un hecho.

Para terminar, conviene transcribir el siguiente párrafo de la obra de Gorphe ya citada:

"Con razón se ha desconfiado siempre del testimonio indirecto: los antiguos legistas y canonistas lo denominaban testimonio ex credulitate, y no lo consideraban probatorio por sí mismo, en oposición al verdadero testimonio llamado ex scientia. Analizando el testimonio de oídas (hear-say-testimony), Wigmore lo encuentra reducible a una serie doble o múltiple de aserciones intermedias, que se remontan hasta una aserción basada sobre la percepción sensible; ahora bien, la aserción de una persona ausente no resulta generalmente digna de fe, porque carecemos de datos sobre su credibilidad testimonial, de manera que nos vemos reducidos a fundar una inferencia sobre una última aserción por simple conjetura, cuando no por pura imaginación. La prueba, si prueba es, resulta tanto menos segura cuanto más complicada sea la serie testimonial y más larga la hilera hasta alcanzar la fuente del conocimiento, única base seria: los testimonios intermedios escapan a todo examen, y las posibilidades de error aumentan de uno en otro".

El hecho de la muerte del señor Héctor Echeverri Cárdenas y de que aquélla fue "violenta" (causada por arma de fuego) está plenamente demostrado en el expediente con los documentos que obran a folios 2, 44 vuelto a 47 y 48. Pero para responsabilizar de ella al Estado es indispensable que aparezca la plena demostración de la relación de causalidad entre el hecho y la falla del servicio según los dos planteamientos formulados por el demandante y a que se hace referencia en el párrafo anterior.

Respecto a la responsabilidad por "omisión en la prestación de un servicio" al cual estaba obligado el Estado por medio de sus agentes, es requisito indispensable que aparezca demostrado, por una parte, que el mencionado servicio fue solicitado y por otra, que no fue prestado.

Para demostrar la responsabilidad por omisión sólo obran en el expediente tres declaraciones:

La de la señora Flor María Segura viuda de Echeverri (fl. 30), quien afirma que en conversación sostenida a mediados de abril con el general Rafael Navas Pardo "quien era Comandante del Ejército y Miembro de la Junta Militar de Gobierno", éste le manifestó que "a Héctor se le había detenido para protegerlo porque existían amenazas de muerte contra él...".

La del señor Eduardo Camargo Gámez (fl. 41), quien después de manifestar que acompañó a la señora de Echeverri "en el despacho del entonces general Rafael Navas Pardo, Comandante de la Brigada de Institutos Militares", escuetamente afirma que "me consta que el entonces coronel Navas Pardo le manifestó a la señora de Echeverri que la detención de su esposo se debía a medidas de precaución. Con respecto a que pesaran sobre Echeverri Héctor amenazas de muerte, me es imposible precisarlo ahora por la distancia del tiempo".

Finalmente, el general en retiro, Rafael Navas Pardo al rendir su declaración y preguntársele sobre la conversación sostenida con la señora de Echeverri contestó: "No recuerdo en absoluto de haber conversado con la señora, no la conozco. Por la lectura de los hechos relatados en la demanda entiendo que la muerte del señor Echeverri sucedió en junio de 1957. Desde hacía más de un mes yo me encontraba ejerciendo las funciones de Presidente de la República como uno de los cinco miembros de la Junta Militar de Gobierno; en tales condiciones yo no tenía absolutamente nada que ver con salvoconductos ni comisiones de orden público, lo cual correspondía exclusivamente a los distintos comandantes militares de las respectivas guarniciones. En el caso de que el hecho sobre el que se pregunta hubiera tenido lugar cuando yo era Comandante del Ejército debo anotar que en mi condición de tal no tenía nada absolutamente que ver con salvoconductos, con detenciones o con asuntos relacionados con la justicia penal militar. Dada la organización de las Fuerzas Militares y de la justicia castrense corresponde a cada Comando de Brigada tomar sus decisiones sin interferencia del Comando del Ejército".

Obran otras declaraciones en el expediente que se refieren a presuntos atentados de que había sido víctima el señor Echeverri, pero sin concretar en qué consistieron aquéllos. Así, por ejemplo, el doctor José Jaramillo Zuleta (fl. 36 vto.), despues de referirse a las visitas que el señor Héctor Echeverri hacía al periódico **"La Tribuna"** manifiesta que "siempe tenía que esconderse pues los entonces llamados "pájaros" y los agentes del SIC rondaban, casi que de día y noche, el local del periódico a la caza de la persona de Echeverri Cárdenas".

De los testimonios transcritos puede concluirse que la muerte del señor Echeverri se debió a una "falla en el servicio" por omisión? Es cierto que según el artículo constitucional anteriormente citado es obligación de las autoridades de la República proteger la vida de las personas residentes en Colombia, pero aquéllas no pueden garantizar ésta de una manera general. Es requisito indispensable para que se configure la responsabilidad de la administración que frente a un peligro inmediato las autoridades omitan la prestación del servicio pre-

viamente solicitado. Sostener lo contrario llevaría a convertir al Estado en un "asegurador general" de todos los asociados, cosa a todas luces imposible de consagrar en una jurisprudencia, aun en el supuesto de que ésta acepte en su integridad la teoría "del riesgo" expuesta por modernos tratadistas de derecho administrativo.

Ninguna de las declaraciones a que se viene haciendo referencia, teniendo en cuenta lo dicho en párrafos anteriores sobre el valor de la prueba testimonial, permiten concluir que el servicio público de policía consistente en proteger la vida de los ciudadanos hubiera sido solicitado en presencia de un peligro inmediato y grave que afectara la vida del señor Héctor Echeverri.

Por otra parte, el hecho mismo de que el señor Echeverri hubiera sido recluido en un establecimiento militar no está plenamente demostrado en el expediente; las declaraciones de su viuda y del señor Camargo Gámez carecen de la objetividad necesaria para demostrar el hecho a que se viene haciendo referencia.

En relación con el segundo aspecto planteado por el demandante para responsabilizar al Estado, vale decir, que fueron agentes de la administración los autores de la muerte violenta del señor Echeverri, se tiene lo siguiente:

La señora Flor María Segura viuda de Echeverri en su declaración (fl. 30 vto.), manifiesta: "Yo me permito declarar que es un hecho de pública notoriedad de que el crimen fue un crimen oficial".

Por qué la declarante hace esa afirmación? No lo explica. Es una afirmación escueta hecha por la viuda del occiso que al no individualizar a los autores del hecho, ni explicar la razón de su dicho no sirve para establecer la existencia de la verdad, en este caso, la realización de un hecho delictuoso por parte de agentes de la administración.

El doctor José Jaramillo Zuleta (fl. 37), rinde testimonio en los siguientes términos:

"Recibí un día que no puedo precisar una llamada telefónica en la que se me invitaba a concurrir a una habitación situada en las inmediaciones del SIC con el objeto de recibir informaciones sobre el asesinato de Echeverri Cárdenas. En efecto, una señora y un niño me relataron, previa promesa de no revelar nunca sus nombres, que, poco después del asesinato de Echeverri, un jeep llegó velozmente al SIC; que de él se apearon tres hombres que hablaban de que tenían que emprender prontamente la fuga antes de que se armara 'el jaleo' con la muerte del Echeverri ese".

"Por escrito que debe constar en el expediente puse esos hechos en conocimiento del investigador especial Felipe Salazar Santos. Es todo cuanto sé en relación con el asesinato. Al punto f) contestó: La tensión entre la ciudadanía y el SIC, después de la muerte de Echeverri se hizo candente. Yo mismo escribí un editorial en el periódico bajo el mote de "Los pobres muchachos del SIC" en el cual haciéndome eco de la opinión pública que consideraba al SIC, casi que unánimemente, instigador, cómplice de la muerte de Echeverri, concretamente al entonces Jefe del SIC de Ibagué, un teniente Nieto Linares, editorial en el cual,

repito, pedía el retiro del SIC en masa. Lo obtuvimos, si no recuerdo mal, más o menos en julio del año cincuenta y siete. Es la verdad, entonces, que el SIC fue retirado de Ibagué por causa de la muerte de Echeverri y debido a la falta de coraje del investigador especial Salazar Santos, no fue capaz de dictar auto de detención a quienes debió dictarlo; los agentes del SIC de Ibagué".

El declarante no fue testigo presencial de los hechos. Se limita a referir algo que a su vez le fue contado por personas anónimas. Qué valor puede tener esta prueba para deducir de ella la responsabilidad de la administración? Ninguno. "Las declaraciones sobre palabras no forman jamás prueba sobre los hechos" dice el artículo 699 del Código Judicial.

A folios 37 vuelto a 39 obra la declaración del doctor Venicio Arce Vera quien como juez de instrucción fue comisionado para continuar la investigación relacionada con la muerte violenta de Héctor Echeverri Cárdenas. El declarante después de manifestar que dentro de la investigación "se constató procesalmente que el vehículo usado por los asesinos de Echeverri Cárdenas fue un jeep... que se encontraba en servicio de la Secretaría Privada de la Gobernación, pero que, por esa fecha, se había prestado al DAS", hace referencia a algunos testimonios rendidos dentro del proceso penal y afirma que "de las declaraciones rendidas por las personas a que hago referencia, pudo establecerse y más tarde identificarse como el asesino de Echeverri Cárdenas al detective de la Seccional del DAS del Tolima, por esa época, Miguel Angel Suárez Villanis.

Para la Sala esta declaración tampoco sirve para probar que fue un empleado oficial el autor de la muerte del señor Echeverri Cárdenas y deducir de allí la responsabilidad del Estado. Las pruebas a que se refiere el declarante no obran dentro del expediente en estudio; de tal suerte que no pueden ser valoradas por la Sala.

Por otra parte, el mismo doctor Arce Vera afirma que en el Juzgado 2º Superior de Ibagué se dictó una providencia "en la que se sobreseía temporalmente a favor de Suárez Villanis".

Además, a folio 43 el actual Juez 2º Superior de Ibagué a cuyo cargo está la investigación por la muerte del señor Echeverri Cárdenas, certifica: "c) La investigación penal que se adelanta por la muerte del periodista Héctor Echeverri Cárdenas aún no ha concluido. Faltan numerosísimas pruebas para alcanzar su perfeccionamiento. Por tanto, sin haber terminado todavía ni siquiera la etapa de instrucción, me es completamente imposible afirmar de manera terminante que ese delito hubiera sido "un crimen oficial". Cosa diferente es que en esa investigación han surgido muchas pistas que señalan como posibles autores del delito a los miembros del extinguido "Servicio de Inteligencia Colombiano", SIC, de la época de los hechos, esto es, del 14 de junio de 1957. Pero todavía no se ha obtenido prueba suficiente de ello.

Y a folio 62 aparece el oficio número 0325 de la Subjefatura Administrativa del DAS, cuyo texto es el siguiente:

"Para dar cumplimiento a lo solicitado por usted en despacho número 0183, librado en el juicio ordinario instaurado por la señora Flor

María Segura vda. de Echeverri, atentamente permítome informarle que esta Subjefatura practicó todas las diligencias que consideró necesarias para precisar la fecha en que el SIC fue retirado de Ibagué y si ello se debió 'exclusivamente a la muerte de Héctor Echeverri Cárdenas'; con resultado negativo, pues si tal determinación se tomó, no quedó constancia escrita de ninguna especie".

A folio 57 el declarante Hernando Páramo Rengifo manifiesta que: "Dadas mis condiciones de periodista y según informes de mis reporteros, minutos después de cometido el crimen se dijo que Héctor había sido asesinado por agentes del SIC".

A este declarante que no fue testigo presencial de los hechos qué valor puede dársele a su afirmación? El testigo Páramo Rengifo es de aquellos que clásica e históricamente se denominan "ex auditus auditus". Y bien es sabido que tales testimonios no prueban el hecho mismo sino a lo sumo las palabras que oyeron, regla ésta consagrada en el artículo 699 del Código Judicial citado anteriormente.

El declarante Alberto Umaña Rocha (fls. 57 a 59 vto.) si bien no fue testigo presencial de la muerte del señor Echeverri Cárdenas, según su afirmación llegó al lugar de los acontecimientos minutos después de haber sido muerto aquél. Nada le consta, pues, en relación con los autores materiales del delito. Sin embargo, más adelante afirma: "Por haber sido de público conocimiento, así como también por haber escuchado horas después del crimen, versiones dadas por vecinos del SIC, en la calle 21 entre carreras segunda y tercera de esta ciudad, llegué a la conclusión de que ese crimen fue cometido por agentes del SIC e individuos vinculados al mismo organismo, máxime cuando los vecinos del sitio del crimen fueron testigos de que unos metros abajo y en momentos en que se disparaba contra el señor Echeverri Cárdenas, estaba allí situado un jepp perteneciente al SIC, con el motor prendido y listo para arrancar, lo que se sucedió segundos después de haber sido asesinado el señor Echeverri Cárdenas, subiéndose a tal vehículo la persona que le hizo los disparos".

A esta clase de testimonios que el profesor Antonio Rocha en su tratado "De la prueba en derecho" le da la denominación tradicional de "auditu alieno", para el mismo profesor constituye "el más falaz y peligroso per se, que según la doctrina de los artículos 698 y 699 del Código de Procedimiento Civil no prueba el hecho sino las palabras".

Por venir al caso interesa transcribir el siguiente párrafo tomado de "El testimonio, estudio crítico y experimental" de que es autor el profesor José María Esguerra Samper:

"En contraposición a los testigos presenciales está el testigo de oídas, quien refiere los hechos, no por haberlos presenciado personalmente, sino por haber escuchado la narración que de los mismos le hizo otra persona. Si a pesar de la presunción de veracidad, hay que admitir forzosamente las posibilidades de error o de engaño que pueden afectarlo; en esta clase de testimonio dichas posibilidades aumentan en relación con el número de testigos intermedios que haya entre el que presenció el hecho y el que lo relata, y por tanto su valor como prueba tiene que desmerecer".

La declaración a que se viene haciendo referencia no tiene, por tanto, para la Sala el valor probatorio que pretende darle el distinguido apoderado de la parte actora.

Finalmente, el señor Carlos J. Martínez G. (fls. 60 a 61), en relación con los hechos consignados en el cuestionario respondió:

Me consta que en la fecha indicada, o sea el 14 de junio de 1957, el señor Echeverri Cárdenas fue asesinado en la carrera 4ª, a pocos pasos donde tenía la Imprenta del periódico...; no me consta si el asesinato fue cometido por agentes del Estado, pero sí puedo aseverar que fue de pública manifestación de que él había sido cometido por elementos del Servicio de Inteligencia Colombiano".

Con base en qué, con qué fundamentos hace el declarante las afirmaciones transcritas? Al no expresar la razón de su dicho, sus afirmaciones tampoco sirven para probar lo que el demandante pretende, vale decir para emplear sus propias palabras que la muerte del señor Echeverri Cárdenas constituyó un "crimen oficial".

Conviene hacer referencia ahora al alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte actora. Dice aquél en el capítulo que denomina "aspecto probatorio" que "durante el término probatorio de este juicio trunco por cierto, se pudieron allegar pruebas de gran trascendencia, que demuestran: a) Hechos antecedentes imputados a las autoridades y constitutivos de verdaderos atentados contra la vida y bienes de Echeverri; b) Hechos concomitantes con la muerte y que determinan que el homicidio del periodista fue cometido por agentes del Estado; y c) Hechos consecuentes que señalan indubitablemente la responsabilidad estatal".

Respecto a los "hechos antecedentes" se apoya en las declaraciones de los señores Jaramillo Zuleta, Angarita Somoza y Umaña Rocha. Del primero cita la siguiente frase:

"En ese lapso pude darme cuenta de que para Héctor Echeverri era imposible la vida en Ibagué, pues en sus fugaces y clandestinas visitas al periódico, siempre tenía que esconderse, pues los entonces llamados pájaros y los agentes del SIC rondaban, casi que de día y noche, el local del periódico a la caza de Echeverri Cárdenas".

Sobre la declaración transcrita cabe observar: quiénes eran los "pájaros?"; con qué fundamento afirma que agentes del SIC "rondaban" el periódico? El dicho del testigo es, por una parte, demasiado vago para tenerlo como prueba y por otra, aun aceptando el hecho de que los individuos citados por él "rondaban" el periódico puede deducirse de ello que se atentaba contra la vida de Echeverri Cárdenas? Y si éste así lo pensó, por qué no pidió la debida protección a las autoridades? Si consideraba que su vida estaba en "grave peligro" por qué se siguió exponiendo a él?

Angarita Somoza dice que "me consta, porque lo sufrí en carne viva, ya que a los dos nos encarcelaron por las campañas políticas adelantadas desde el periódico, que el señor Echeverri fue preseguido y encarcelado varias veces".

Aceptando, en gracia de discusión, el hecho de las detenciones puede inferirse de aquí que se debieron a "las campañas políticas que adelantaban?" No es ésta una apreciación demasiado subjetiva? Podría concluirse que el hecho en sí constituía un "atentado" contra la vida de Echeverri? La respuesta, necesariamente debe ser negativa.

Finalmente, la cita del testigo Umaña Rocha es del tenor siguiente: "También me consta por haber sido testigo presencial que en no pocas ocasiones elementos pertenecientes a la policía uniformada y al detectivismo lo hicieron víctima de amenazas y de atropellos y que una vez, en fecha que no recuerdo exactamente, le fue arrojada una bomba explosiva al local del periódico". Cabe aquí la misma observación que se hizo respecto al testimonio del doctor Jaramillo Zuleta.

En conclusión, ninguna de las afirmaciones hechas por los declarantes anteriormente citados, por las razones expuestas cuando se analizó el valor de la prueba testimonial en general, sirve para deducir, ni como indicio, la omisión o la acción de agentes del Estado que implicaran la responsabilidad de éste.

Respecto a lo que el memorialista denomina "hechos concomitantes" (fundamentados en las declaraciones de la viuda del señor Echeverri y del doctor Arce Vera) fueron analizados en su oportunidad, habiéndose llegado a la conclusión de que no sirven para demostrar la relación de causalidad entre el hecho de la muerte violenta del señor Echeverri y la "falla del servicio", por acción u omisión.

Para terminar, como el apoderado de la actora tanto en el interrogatorio propuesto a los declarantes, como en su alegato de conclusión habla como de "pública notoriedad" el hecho de que las "autoridades" fueron los autores materiales de la muerte violenta del señor Echeverri, conviene, así sea brevemente, decir algo sobre el "hecho público o notorio".

Esta Sala ya había aceptado que los " 'hechos notorios' no requieren una demostración utilizando los medios de prueba consagrados en nuestra legislación" (fallo de 28 de abril de 1967, expediente número 138, actor William Bendeck Olivella).

Pero para que un hecho pueda ser calificado de "notorio" se requieren, según Lessona y Calamandrei citados por el profesor Antonio Rocha "una tal difusión de la noticia en un medio dado que lo haga incontestable y evidente y con tal grado de certeza que resulta superior a la convicción que nace de la prueba misma". Requisito indispensable también es que lo incontestable del hecho notorio haya sido alcanzado sin consideración al proceso y con anterioridad a él, como la jurisprudencia lo ha dicho en diversas oportunidades.

Acertadamente dijo la Corte Suprema de Justicia en fallo de septiembre de 1959, lo siguiente:

"El hecho no puede ser calificado de notorio en sentido jurídico sino cuando con antelación al juicio aparece ya depurado de todos los motivos o posibilidades de error que hacen falible el testimonio humano, por lo que ha dicho Calamandrei que el grado de certeza que nace de lo notorio debe ser superior al que nace de la prueba misma".

Los conceptos expuestos son suficientes para concluir que no se puede aceptar como "hecho notorio" —empleando las propias palabras del demandante— que "fueron precisamente los agentes del Estado, adscritos al denominado en esa época Servicio de Inteligencia Colombiano", los autores de la muerte violenta del señor Echeverri Cárdenas.

En gracia de discusión podía aceptarse como "notorio" el hecho mismo de la muerte del señor Echeverri; pero respecto a los autores de ella, no puede decirse tal cosa. Es cierto que varios declarantes afirman que "es un hecho de pública notoriedad" que el crimen fue oficial o que fue cometido por agentes de la administración. Este aserto tan sólo podría calificarse como de "rumor público" para emplear una frase frecuentemente usada por los tratadistas de pruebas judiciales; y aquél —"el rumor"— es un hecho social vago e indefinido que como lo dice el profesor Devis Echandía "no es objeto de prueba, ni puede eximir de prueba al hecho, ni sirve para orientar el criterio del juez en la apreciación de las pruebas; lejos de darle mayor verosimilitud al hecho, como ocurre con la fama cuando la ley exige su prueba, es sospechoso y debe ser descartado radicalmente por el juez". (Tratado de derecho procesal civil. De la prueba, Tomo V, Teoría general). Para citar una frase del profesor Antonio Rocha "el rumor de por sí no convence ni medianamente".

Finalmente, conviene recordar que según la certificación jurada del Juez 2º Superior de Ibagué a cuyo conocimiento se encuentra el proceso penal, faltan muchas pruebas por practicar y que el único sindicado —miembro por aquella época del Servicio de Inteligencia Colombiano— fue favorecido con un sobreseimiento temporal, todo lo cual desvirtúa lo sostenido por el distinguido apoderado de la parte actora.

En otras palabras, al no haberse podido demostrar la relación de causalidad entre el hecho —muerte violenta de Echeverri Cárdenas— y la falla de un servicio por acción u omisión, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con su colaborador Fiscal,

Falla:

Primero. Declarar no probada la excepción propuesta por el señor Agente del Ministerio Público.

Segundo. Negar las peticiones de la demanda.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez. D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.— Régimen jurídico. Vigencia de los Decretos 1050 y 3130 de 1968.— **Así como los actos administrativos se extinguen, entre otras causas, por el cumplimiento de la condición resolutoria, si alguna se ha fijado como término de su vigencia al dictarlos, del mismo modo su entrada en vigor puede quedar sometida a una condición suspensiva. Es esto último lo que por virtud de lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 45 ha ocurrido respecto al Decreto 3130 de 1968, que si materialmente es una ley, susceptible también de que se le aplique un tracto futuro, formalmente es un acto administrativo. La puesta en vigor de los Decretos 1050 y 3130 respecto al régimen de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado existentes en el momento de la expedición de aquéllos, quedó sujeta a la condición de que se adoptaran las reformas indicadas en las nuevas disposiciones. Mientras tanto aquellas entidades quedaron sometidas a la legislación anterior.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Gabriel Rojas Arbeláez**).

Ref.: Expediente número 1059. Actores: Pablo Emilio Pérez y Gregorio Restrepo contra "Circuito Eléctrico de Oriente S. A."

En demanda presentada el 29 de enero del año en curso, el doctor Antonio J. Duque, obrando a nombre de los señores Pablo Emilio Pérez y Gregorio Restrepo, pidió al Tribunal Administrativo de Antioquia hacer las siguientes declaraciones:

"a) Que la empresa denominada Circuito Eléctrico de Oriente S. A.", representada por su Gerente actual doctor Fabio Gallego Marín, es responsable del daño moral y de los perjuicios materiales que recibieron mis poderdantes a consecuencia del insuceso que se ha dejado expuesto en esta demanda y que fue causado por la rotura de los cables de transmisión de energía eléctrica, debido a descuido, negligencia e imprudencia de la sociedad demandada;

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior la sociedad demandada está obligada a pagar a mis mandantes o a quienes hagan sus veces, la cantidad de trescientos cincuenta mil pesos ($ 350.000.00), en la que estimo los perjuicios materiales y morales tanto en su daño emergente como en su lucro cesante;

"c) Subsidiariamente que la misma sociedad demandada deberá pagar a mis mandantes o a quienes hagan sus veces, dentro del plazo que se indique en la providencia, el valor de los perjuicios morales y materiales causados por el hecho al cual se refiere esta demanda, perjuicios que serán regulados por peritos dentro de la secuela del juicio o en el incidente a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial".

Hechos

Las peticiones anteriores las fundamentó el actor en los hechos relatados así:

1º El día diez de junio de mil novecientos sesenta y ocho, el señor Emilio Salazar, conductor de un camión marca "Ford", modelo 51, motor número 8 EI R M 137740, color verde oscuro, placas A 3-08-68, afiliado a Transportes El Carmen, y perteneciente a los demandantes, se dirigía en el citado automotor por la carretera que de Medellín conduce a San Carlos y a otros municipios del oriente antioqueño, con destino a la población de Granada, de donde debía regresar con un viaje de ganado de propiedad también de los actores Pérez y Restrepo.

2º Cuando el vehículo pasaba por el sitio denominado "Alto de Belén, en jurisdicción del municipio de Marinilla, el aparato hizo contacto con unos cables conductores de energía de alto voltaje que habían caído sobre la vía, lo que ocasionó el incendio inmediato del vehículo y la electrocutación del conductor.

3º El hecho se produjo a causa de la rotura de los cables conductores de energía que cayeron sobre el pavimento de la carretera, todo debido a la omisión, negligencia y descuido de la entidad demandada, que extendió los cables a una altura relativamente corta, cerca a árboles frondosos cuyas ramas hacían contactos con las líneas y atravesando la carretera en forma oblicua en un trayecto considerable, a sabiendas del peligro que ello entraña, ya que los directivos y técnicos de "Circuito Eléctrico de Oriente S. A." sabían más que nadie, la intensidad de la corriente que esos cables iban a conducir.

4º Además es responsable la empresa demandada por no haber ordenado suspender el flúido eléctrico tan pronto como ocurrió la rotura de los cables, manteniendo tamaño peligro por un tiempo prolongado en una carretera de tan intenso tránsito como es la que nos ocupa y, además, porque contra todas las reglas de la técnica y la precaución, extendieron y mantuvieron los cables de alto voltaje extremadamente cerca a árboles de pesadas ramas, después de haber sido avisados y enterados por reiteradas ocasiones del grave peligro que esto representaba.

5º Circuito Eléctrico de Oriente S. A., es una entidad de derecho público, ya que los socios que la componen son el departamento de Antioquia, como mayor accionista de Electrificadora de Antioquia S.

A., y los municipios del oriente antioqueño, y su objeto principal es el de dotar de flúido eléctrico a tales distritos, lo que constituye la prestación de un servicio público.

6º Los hechos narrados fueron presenciados por numerosos testigos, entre ellos Gloria Elisa, César Augusto y Nelly Gómez Rojas, Aníbal Zuluaga, Bernardo Galvis y muchos más. César Augusto Gómez Rojas, inmediatamente cayeron los cables sobre la carretera salió para Marinilla a dar aviso a los empleados del Circuito Eléctrico de Oriente, y posteriormente lo hizo un hermanito suyo de nombre Gerardo Enrique, pero a su regreso encontraron el vehículo incendiado y muerto el conductor a causa del contacto que hizo el carro con las líneas de la energía.

7º Es, pues, notoria la responsabilidad y la culpa del Circuito Eléctrico de Oriente frente a este insuceso, por su descuido y negligencia al mantener los cables de la energía tan cerca a los árboles que provocaron el rompimiento de éstos. Y es tan evidente este aserto que lo primero que hicieron los empleados de la empresa demandada, después de levantar nuevamente las líneas, fue podar y tumbar los árboles cercanos a dichos cables.

8º Como consecuencia del incendio del vehículo éste quedó completamente destruido hasta el punto que sus dueños tuvieron que reconstruirlo nuevamente, haciendo una cuantiosa inversión de dinero para poder ponerlo en servicio nuevamente, y por esta misma causa dejaron de percibir por mucho tiempo el producto de su explotación económica.

9º Además de lo anterior, los parientes del conductor, concretamente su esposa, ha solicitado a mis poderdantes el pago doble del seguro de vida y otras prestaciones que legalmente tiene derecho a reclamar.

Derecho

En cuanto a derecho invocó el demandante lo preceptuado en los artículos 1494, 2341 y ss. del Código Civil, y 68, 124 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

Providencia del Tribunal

Por auto del catorce de abril, el Tribunal declaró inadmisible el libelo. Determinó esto aquella corporación después de un atento estudio de la condición jurídica de la entidad demandada, a la luz de los Decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, estudio que la llevó a concluir que no era competente para conocer de la acción. Se estimó en la providencia mencionada que a "Circuito Eléctrico de Oriente S. A.", debían aplicarse analógicamente los decretos antes citados, y que conforme a éstos, y siendo la sociedad demandada una empresa industrial del Estado, está sujeta a las reglas del derecho privado, y los conflictos que de sus actividades se originen, al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Hizo el Tribunal, entre otras consideraciones las siguientes:

"Los dos decretos que se dejan citados de conformidad con sus enunciados, se refieren en su orden, a la "Reorganización y fun-

cionamiento de la Administración Nacional" y al "estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional".

"Ahora bien, en ello se establecen, estructuran y diferencian las distintas categorías de los entes públicos no territoriales, lo que permite, siguiendo principios de hermenéutica, acomodar los mismos lineamientos a los entes de los órdenes departamental y municipal.

Así es jurídico pensar, porque en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, que si éstos reúnen los mismos requisitos exigidos para los nacionales, igual debe ser su tratamiento.

"Estima la Sala que después de los decretos mencionados se clarificó el problema de las personas públicas no territoriales, ya que por virtud de éstos no hay que acudir en la actualidad. como se hacía con anterioridad a los mismos, a la categoría residual de los establecimientos públicos, toda vez que eran tenidos como tales todas aquellas entidades públicas distintas de la Nación, los departamentos y los municipios.

"Se hacen estas reflexiones preliminares, ya que es preciso determinar previamente la naturaleza jurídica del Circuito Eléctrico de Oriente S. A.", por incidir este aspecto en la competencia del Tribunal. Así, aunque se haya constituido como sociedad anónima, de ésta no tiene sino su estructura formal. El carácter de las personas que la componen, los fines de servicio público que persigue y su capital social constituido por fondos oficiales, a más de su autonomía administrativa, están diciendo a las claras que se trata de una entidad oficial de derecho privado de forma societaria.

"No es tampoco una sociedad de economía mixta porque, a pesar de estar constituida bajo la forma de una sociedad comercial, concretamente como anónima, y de permitir la posibilidad de que las acciones puedan ser adquiridas por personas naturales sin limitación alguna, reúne en la actualidad todos los requisitos para ser considerada como una empresa industrial del Estado. Así ella desarrolla actividades de tal índole, conforme a las reglas de derecho privado, tiene personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituido totalmente por bienes o fondos públicos. Mientras esta situación se mantenga y los bienes que adquieran los particulares sean inferiores al 10% del capital, conservará este carácter; cuando suceda lo contrario, la sociedad ingresará al régimen de las empresas de economía mixta y aun podrá llegar el día en que sea estrictamente privada.

"Calificada como una empresa industrial del Estado, debe aplicarse a ella el régimen jurídico correspondiente, el cual indica que los actos y hechos que las empresas industriales y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia.

"Tampoco sería lógico pensar que una empresa industrial del Estado o una sociedad de economía mixta del orden nacional esté sujeta al control de la justicia ordinaria (Art. 31, Decreto 3130 de 1968) y un ente similar del orden departamental o municipal, al de la jurisdicción administrativa.

"... ... ...

El auto fue apelado tanto por el señor Fiscal del Tribunal como por el señor apoderado de los demandantes, y habiéndose surtido en esta corporación el trámite propio de la segunda instancia, se procede a decidir el recurso, previas las siguientes

Consideraciones

Así como los actos administrativos se extinguen, entre otras causas, por el cumplimiento de la condición resolutoria, si alguna se ha fijado como término de su vigencia al dictarlos, del mismo modo su entrada en vigor puede quedar sometida a una condición suspensiva. Es esto último lo que ha ocurrido respecto al Decreto número 3130 de 1968, que si materialmente es una ley, susceptible también de que se le aplique un tracto futuro, formalmente es un acto administrativo, respecto al cual se dispuso en los incisos 2º y 3º del artículo 45 lo siguiente:

"Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado continuarán funcionando de acuerdo con las normas generales vigentes y las particulares que las rigen; pero los representantes del Gobierno en sus juntas y consejos directivos promoverán las reformas necesarias y los respectivos proyectos de modificaciones serán presentados a la consideración del Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la fecha de expedición del presente decreto.

"Igualmente los representantes del Gobierno en las asambleas de accionistas y en las juntas directivas de las sociedades de economía mixta promoverán las modificaciones estatutarias para ajustar la organización y el funcionamiento de dichas entidades a las normas del presente decreto".

De esta manera la puesta en vigor de los Decretos 1050 y 3130 respecto al régimen de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado existentes en el momento de la expedición de aquéllos, quedó sujeta a la condición de que se adoptaran las reformas indicadas en las nuevas disposiciones. Mientras tanto aquellas entidades quedaron sometidas a la legislación anterior.

No hay en autos constancia de que se hubiera realizado la condición prevista en los textos antes transcritos, en relación con "Circuito Eléctrico de Oriente S. A."; y por lo mismo, y aunque por la analogía que ha pretendido establecer el **a quo** se quisiera aplicar al ente intermunicipal mencionado, el régimen que los Decretos 1050 y 3130 de 1968 vinieron a consagrar para las entidades descentralizadas del orden nacional, se interpondría el hecho de que la sociedad demandada está "funcionando" bajo unas normas distintas. Estas son las contenidas en la Ley 151 de 1959.

Según esta ley son parte de la administración pública las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la for-

ma de administración adoptada; lo que quiere decir que lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, y que pueden reputarse por tales las asociaciones, institutos y organismos en que la Nación, los departamentos, los municipios u otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento o más del patrimonio de la respectiva empresa o institución. Así aparece configurada la empresa "Circuito Eléctrico de Oriente S. A.", sin que le quite el carácter de parte de la administración pública, según los términos de la ley antes mencionada, el hecho de que hubiera adoptado como forma de administración la de la sociedad anónima, según la escritura de constitución número 27 de 14 de enero de 1961 otorgada en Rionegro. Hasta la expedición de los decretos a que anteriormente se hizo referencia, la expresión "establecimiento público" era un término genérico para designar la descentralización por servicio, y no estaba prohibida, como lo está hoy por lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 1050, la asociación de entidades de tal índole. En la utilización de aquella denominación genérica influyó indudablemente el concepto de que "el establecimiento público es un servicio público especial personificado", según la definición de Hauriou; y al aceptarse que las entidades descentralizadas pudieran constituir sociedades, no se veía inconveniente en que un estatuto contractual se combinara con un estatuto reglamentario institucional, desde que se diera la debida prevalencia al último.

Si una persona es parte de la administración pública y se repite que la Ley 151 de 1959, no distinguía entre establecimiento público y empresas del Estado, está sujeta a un régimen de derecho público, y en consecuencia, el conocimiento de las acciones de responsabilidad por sus omisiones, actos o hechos corresponde a la jurisdicción especial administrativa. Fue esto lo contemplado en el ordinal f) del numeral 2º, del artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964 al asignar a los tribunales administrativos el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial, o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos.

En este decreto, en la Ley 151 de 1959 y en el artículo 1º del Decreto 550 de 1960 se contiene el régimen jurídico aplicable, según lo anteriormente anotado, a "Circuito Eléctrico de Oriente S. A." No sobra anotar que el hecho motivo de la demanda ocurrió precisamente con ocasión de la prestación del servicio público propio de la entidad demandada.

Por lo expuesto **se revoca** el auto apelado, y en su lugar se admite el libelo.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común. Una vez ejecutoriada esta providencia devuélvanse los autos.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada el día once de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REGULACION DE PERJUICIOS

REGULACION DE PERJUICIOS.— No puede ser propuesto sino una sola vez.— **No es admisible un nuevo incidente de regulación de perjuicios para quien no logró comprobar las bases de la liquidación tramitada de conformidad con el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, faltando a su obligación procesal ineludible de demostrar su cuantía dentro de la doble oportunidad que el respectivo Código brinda para ello.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., octubre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez**).

Ref.: Expediente número 1055. Súplica. Ordinario. (Indemnizaciones). Actora: Ludmila Gouvarevitsch de Kraft.

Procede el resto de la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto en este negocio por el señor apoderado del demandante Alexis Kraft contra el auto del señor Consejero ponente por el cual no se accede a tramitar el nuevo incidente de liquidación de perjuicios nuevamente promovido por él mediante memorial del 17 de abril de 1969.

En el auto recurrido se hace notar en forma breve que ya en escrito del 19 de abril de 1968 se había presentado una liquidación de los perjuicios causados al citado demandante, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 553 del Código Judicial, y que, tramitado el respectivo incidente recayó sobre él un proveído de la Sala con fecha 5 de noviembre de 1968 por el cual no se aprobó dicha liquidación, auto que fue recurrido, habiéndose resuelto el recurso en el del 8 de marzo, por el cual no accedió la Sala a la reposición impetrada.

El auto del señor Consejero sustanciador que es ahora materia del recurso de súplica, fundándose en que el incidente anterior sobre liquidación de perjuicios terminó en forma adversa para el actor por falta de bases probatorias del **quantum** de los perjuicios materiales, concluyó que tal incidente "**fue ya decidido en forma definitiva, y que por ende, no es procedente ahora un nuevo incidente de liquidación, porque ello implicaría prorrogar indefinidamente el derecho a obtener la ejecución del fallo con liquidaciones e incidentes sucesorios, cuando la ley apenas ha autorizado un solo incidente de regulación de perjuicios**".

Como respaldo jurisprudencial de esta tesis cita un auto de la Sala de Negocios Generales de la Corte que el tratadista doctor Devis Echandía menciona manifestándose de acuerdo con él en su "Tratado de derecho procesal civil", tomo III, Pág. 320.

Para resolver los planteamientos del memorial de súplica es menester rememorar los antecedentes de este asunto y tener en cuenta con sus pormenores las razones por las cuales no se accedió a aprobar la liquidación de perjuicios presentada primitivamente.

En la sentencia que dio lugar al incidente de regulación había dicho esta misma Sala:

"En relación con los perjuicios materiales sufridos por el señor Alexis Kraft su quantum debe reservarse para que sea determinado por el procedimiento regulado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta los factores que más adelante se apuntan. Pero tal monto no puede exceder de $ 350.000.00 descontándose de esta cantidad la suma que se determina por concepto de perjuicios morales, o sea la cantidad de $ 1.500.00". Aquél era el monto de los perjuicios estimados en la demanda.

En la parte motiva se destacó lo siguiente:

"Finalmente, como ya se observó, no es posible determinar el monto de los perjuicios materiales sufridos por el señor Alexis Kraft, dado que varios de los recibos que pueden acreditar gastos están sin autenticar, y algunos ilegibles, otros en idioma francés no traducidos, por lo cual se deben dar las bases para la fijación de dichos perjuicios en el incidente de ejecución de la sentencia, o sea, que se deben tener en cuenta factores como gastos de hospitalización, exámenes de laboratorio, servicios de enfermeras, honorarios médicos, drogas, transportes de ida y regreso a París, gastos de hospitalización en París, honorarios de médicos en dicha ciudad y valor de las drogas".

En el fallo la condena se redujo estrictamente a estos perjuicios, o sea los gastos que se dijo fueron hechos por el demandante en el tratamiento médico de su señora madre que hubo de hacérsele en Bogotá y París, junto con los accesorios, tales como los de drogas, enfermeras, clínicas y, desde luego, el viaje a París y el regreso.

Sobre la liquidación de perjuicios presentada en abril de 1968 se dijo en el auto del 5 de noviembre de ese año cuáles fueron los documentos allegados al incidente como pruebas de los gastos y se expresaron las razones por las cuales no podía reconocérseles eficacia probatoria. Se refiere aquel auto principalmente a los que se afirma fueron hechos en el exterior, pero tampoco sobre los gastos que se dice efectuados en el país se presentaron las pruebas en forma idónea.

Y no se aceptó el experticio sobre la liquidación formulada porque no se basó en pruebas procesalmente aceptables, como quedó ampliamente explicado en las providencias dictadas sobre aquélla, con las cuales terminó el incidente respectivo.

Luego sobrevino el auto del 8 de marzo de 1969, en el cual analizó la Sala con la debida atención los argumentos con que el señor apoderado fundó su recurso de súplica para obtener que se repusiera

el anterior. En esta providencia se relievó nuevamente la invalidez de un dictamen pericial sobre evaluación de unos perjuicios respecto de los cuales no se presentaron, ni en el juicio principal ni en el incidente previsto en el artículo 553, las pruebas que le dieran base. A este propósito se transcribió en la motivación la siguiente doctrina de la Sala de Casación de la Corte: "Si es cierto que según el artículo 721 del Código Judicial, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los peritos hace plena prueba, también lo es que dicha norma no es de obligación mecánica ni obliga fatalmente al juzgador, puesto que éste queda en libertad para apreciar el fundamento que hayan dado los expertos a su dictamen y entonces, si tal fundamento es acertado y exacto, el experticio tiene el carácter de plena prueba".

En el caso de autos quedó perfectamente establecido que los diversos documentos privados que presentó el señor Kraft para demostrar los gastos hechos por él con motivo de las lesiones sufridas por su señora madre en el accidente de tránsito que motivó la demanda carecían de validez probatoria para los efectos del juicio y que el no haber sido objetados ni redargüidos de falsos por el representante de la Nación, no implicaba su aceptación por el mismo, puesto que carecían de los requisitos esenciales para su validez, como se había ya explicado razonadamente en el auto anterior. A esto podría agregarse que si el silencio del Agente del Ministerio Público en el juicio quisiera considerarse como una confesión tácita, ella no podría perjudicar a la parte que representa. (Art. 170 del C. de P. C.). Y, además, que dentro del incidente iniciado con la liquidación del 19 de abril de 1968 el Fiscal del Consejo puso de presente lo dicho en la sentencia sobre la necesidad de dar bases para la ejecución de ella y que estas bases no podrían ser otras que las pruebas idóneas sobre los gastos hechos por el señor Kraft a que la sentencia se refiere.

De otro lado, quedó demostrado en el auto del 8 de marzo de 1969 la inoponibilidad a terceros, como lo es la Nación en este juicio, de los documentos privados presentados por la parte demandante en el curso de él y dentro del incidente anterior, con respaldo en las citas que allí se traen del doctrinante doctor Antonio Rocha y de jurisprudencia de la Corte, razón por la cual la parte actora no probó las bases de hecho que permitieran hacer la tasación del perjuicio sufrido dentro del incidente regulado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

Dice el señor apoderado en el escrito de sustentación de su actual recurso que la autoridad del doctor Devis Echandía en materia de derecho procesal y, en general, la doctrina de los autores no es más que una base de información para el fallador; que una sentencia no puede ser revocada por un auto interlocutorio, y que resulta incuestionable que si la sentencia "condenó a la Nación colombiana a pagar los perjuicios, debe existir un procedimiento para la tasación de los mismos", pues "lo contrario constituiría, por lo menos, negarle a las partes la oportunidad de hacer valer un derecho reconocido".

Efectivamente, el procedimiento establecido en el respectivo Código para llegar a la evaluación de los perjuicios es el regulado en el artículo 553. El texto mismo de éste ordena abrir el incidente a prueba.

Y, desde luego, en el caso de que la demandada sea una persona de derecho público y, concretamente, la Nación, procede siempre la etapa probatoria según lo dicho arriba, ya que los Agentes del Ministerio Público que la representan no pueden hacer confesión ni expresa ni tácita. Y agrega el artículo que "la fijación se hace en vista de lo alegado y probado". Así, pues, si no se demuestran —como no quedaron demostradas en este caso— las bases sobre las cuales debe liquidarse el perjuicio en tal forma que el dictamen pericial ha quedado en el vacío, resulta necesario llegar a la conclusión a que llegó la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema en el auto que reproduce el tratadista doctor Devis Echandía y que se cita en el recurrido. Parece que lo inaceptable para el señor apoderado del actor es lo relativo a que "la condena en abstracto resultara fallida" cuando no se han probado, como aquí sucede, las bases mismas de la estimación de los perjuicios en cifra numérica. Pero la comprobación de sus asertos es una carga u obligación inexcusable del demandante dentro del juicio, y la comprobación de las bases mismas para computar el daño en cifra numérica lo es en este incidente, establecido sólo para ello, pues cuando por cualquier causa no logró llegar dentro del juicio mismo a la demostración del monto de los perjuicios materiales, la ley le abre la última y podría decirse excepcional oportunidad con ese objeto, el incidente del artículo 553. Fracasado, pues, el incidente por falta de prueba idónea para llegar a la evaluación que se pretende, la ley no prevé otro incidente con el mismo objeto. Y fuera de que las excepciones, como el incidente de que se trata, son de interpretación y aplicación restrictiva, y de que la ley no prevé que pueda iniciarlo de nuevo quien ha fracasado en su intento por falta de las pruebas adecuadas, si de un incidente dentro del juicio se tratara cabría aquí la disposición del artículo 394 del Código de Procedimiento Civil, que ordena al juez desechar de plano los incidentes que se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión, o sea aquellos para los cuales se ejercitó ya sin buen éxito el respectivo derecho procesal.

Por lo expuesto, no carece de sólido fundamento en la ley y en la doctrina la tesis de que no es admisible un nuevo incidente de regulación de perjuicios para quien no logró comprobar las bases de la liquidación tramitada de conformidad con el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, faltando a su obligación procesal ineludible de demostrar su cuantía dentro de la doble oportunidad que el respectivo Código le brindó para ello.

En consecuencia de lo expuesto el resto de la Sala resuelve no reponer el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Consejero sustanciador para los fines consiguientes. Revalídese el papel común usado en la actuación.

Este auto fue aprobado por la Sala de Decisión en la sesión que se verificó el 2 de octubre del año en curso.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

SENTENCIAS CONSULTABLES.— Cuando se habla de única instancia queda excluido el recurso de apelación y también la consulta de que se habla en términos generales en el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo, y asimismo en el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, de modo específico para las sentencias de primera instancia que no sean apeladas, en los casos en que el respectivo tribunal administrativo conocía en primera y cuando la obligación que se imponía en la sentencia a cargo de la entidad de derecho público era de dos mil pesos o más. Cualquier duda sobre los casos en que procede la consulta ha quedado disipada por la clarísima disposición del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, reglamentario de los Decretos-leyes 528 y 1819 de 1964, 1722 de 1956 y de la Ley 167 de 1941, cuyo tenor es el siguiente: "El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941 y 7º del Decreto-ley 1722 de 1956, sólo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.—Bogotá, D. E., octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez**).

Ref.: Expediente número 1013. Actor: Aseguradora Mercantil S. A. contra la Nación. Consulta de la sentencia de septiembre 20 de 1968 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Pago de perjuicios por la responsabilidad civil de la Nación por el extravío de 3 cajas de partes y piezas para automóviles.

En grado de consulta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, por tratarse de una condena a la Nación en cantidad mayor de $ 2.000.00, ha llegado a esta Sección, para que se resuelva de plano, el fallo de 27 de septiembre de 1968 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el cual se declaró responsable a la Nación de la pérdida de tres cajas de partes y piezas para automóviles importados por "Mario Jaramillo & Cía. en el vapor 'Ciudad de Tunja', entrados al país por la Aduana de Buenaventura" y se le condena a pagar a la demandante (cuyo nombre se omite en la parte dispositiva del fallo, pero que es Aseguradora Mercantil, S. A., como

subrogataria de la importadora), el valor de las referidas tres cajas, o sea la suma de "$ 27.131.09 **e intereses al 8% anual desde la fecha de la omisión de entrega hasta que se verifique el pago:** Artículo 14, Ley 81 de 1931, adicional al 272 del Código Contencioso Administrativo" (subraya esta Sala).

Según el fallo consultado consta que a la referida firma importadora dejaron de entregársele en la Aduana de Buenaventura, tres cajas de un cargamento de cuarenta y cuatro cajas que contenían partes y piezas para automóviles que ingresaron para su nacionalización a los depósitos de la Aduana de Buenaventura el 25 de octubre de 1966 según anotación del jefe de bodegas y patios de la citada Aduana. Asimismo consta que esa mercancía venía asegurada por la firma demandante Aseguradora Mercantil S. A. la cual pagó su precio al importador.

Improcedencia de la consulta

Para resolver si el fallo de la referencia debe ser consultado ante esta corporación,

Se considera

El artículo 34 de la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo estatuía:

"Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"10. De los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los ministros, o de cualquiera otra autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que ponga fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta".

En lo relativo a responsabilidades indemnizatorias por hechos u operaciones administrativas para los fines de la acción consagrada en el artículo 68 del mismo Código, claro es que también el Consejo de Estado conocía de ellas en única instancia cuando la entidad contra la cual se enderezaba la demanda era una persona administrativa del orden nacional.

Por mucho tiempo los demandantes que recababan indemnizaciones por hechos en que se configuraba culpa o falta de servicio prefirieron acudir a la jurisdicción civil, en la cual gozaban de términos más amplios para instaurar sus acciones, y esta jurisdicción solía admitirlas indiscriminadamente.

En lo relativo específicamente a la pérdida de mercancías que se hallaban depositadas en los almacenes de las aduanas las demandas se estuvieron presentando también ante la jurisdicción ordinaria, aún después de expedido el Decreto legislativo número 188 de 1958 sobre cuestiones aduaneras, en cuyo artículo 4º se lee el siguiente parágrafo: "En los casos a que se refieren los ordinales b) y c) del artículo 3º del Decreto 700 de 1954 conocerá la justicia ordinaria o la de lo contencioso administrativo, de conformidad con las normas legales ordinarias".

Pero la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, en providencia que confirmó con fecha 25 de abril de 1959 un auto por el cual el Tribunal Superior de Barranquilla se había declarado incompetente para conocer de una demanda de esa clase, encontró válidas las razones de dicho Tribunal, el cual había hecho notar que la disposición citada del Decreto 700 de 1954 rectamente interpretada disponía que un caso de responsabilidad del Estado dentro de la operación típicamente administrativa de nacionalización de las mercancías de importación y el forzoso depósito de ellas en las aduanas no podía ser de naturaleza civil, sino típicamente administrativa, máxime cuando el artículo 2º del Decreto legislativo 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas) consagraba de manera directa la responsabilidad del Estado por las pérdidas de mercancías en los depósitos de las aduanas. En tales circunstancias declaró la Sala de Negocios Generales de la Corte que no era la jurisdicción ordinaria sino la contencioso administrativa la competente para conocer de esa clase de demandas. Y, de conformidad con las reglas de competencia establecidas hasta entonces en el Código Contencioso Administrativo, por tratarse de una demanda contra persona administrativa nacional, era el Consejo de Estado quien debía conocer de ella en única instancia.

Así lo reconoció también el Consejo en sentencia del 11 de octubre de 1963.

Luego al entrar a regir el Decreto 528 de 1964 que reformó en buena parte las normas sobre jurisdicción y competencia, resulta claro lo siguiente, aplicado al caso de pérdidas de mercancías en los depósitos de las aduanas.

Dice el artículo 32 de dicho decreto extraordinario:

"Los tribunales administrativos conocen:

"1º En **única instancia:**

... ...

"c) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos" (se subraya).

Es evidente que la pérdida de mercancías en los depósitos de las aduanas es uno de los casos contemplados en la anterior disposición.

Y no es menos claro que cuando se habla de única instancia queda excluido el recurso de apelación y también la consulta de que se habla en términos generales en el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo y asimismo en el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, de modo específico para las sentencias de primera instancia que no sean apeladas, en los casos en que el respectivo tribunal administrativo conocía en primera instancia, y cuando la obligación que se imponía en la sentencia a cargo de la entidad de derecho público era de $ 2.000.00 o más.

Cualquier duda sobre los casos en que procede la consulta ha quedado disipada por la clarísima disposición del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, reglamentario de los Decretos-leyes 528 y 1819 de 1964, 1722 de 1956 y de la Ley 167 de 1941, cuyo tenor es el siguiente:

"El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941 y 7º del Decreto-ley 1722 de 1956, sólo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso".

En consecuencia de lo expuesto, la Sala resuelve:

Por ser el presente negocio de conocimiento en única instancia del tribunal administrativo, según lo previsto en la disposición citada del Decreto 528 de 1964, ya que su cuantía no alcanza a treinta mil pesos, no es susceptible de consulta ante esta superioridad, del mismo modo que no sería susceptible de apelación.

Por tanto, devuélvase al Tribunal de origen para que lo haga cumplir teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 139 y 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión verificada el 30 de octubre del año en curso.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA.— La jurisprudencia nacional había aceptado que el auto admisorio de la demanda era de sustanciación y contra él sólo cabía el recurso de reposición, pero tal doctrina ha sido revaluada últimamente con base en que si el auto admisorio contiene alguna decisión sobre su registro o el monto y clase de caución que para efectos exige la ley, o sobre secuestros y embargos preventivos, o sobre la representación del demandante o del demandado o el reconocimiento de apoderados, su carácter de interlocutorio resulta claro y así lo han venido aceptando varios tribunales del país. Y es porque el juez podrá conocer y decidir sólo si el proceso resulta válido y regularmente constituido, porque los presupuestos de fondo no tienen el mismo valor ni iguales consecuencias a la hora de fallar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diez y seis de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge A. Velásquez D.**).

Por auto de 24 de octubre último el honorable Consejero sustanciador doctor Gabriel Rojas Arbeláez admitió la demanda de fecha 13 de agosto del corriente año, presentada por el doctor Hernán Manrique R., a nombre de 'Importadora Almacenes Ley S. A.' y se reconoció como apoderado al doctor Hernán Manrique R.

Contra tal providencia el señor Agente del Ministerio Público interpone recurso de súplica, el cual ha sido debidamente tramitado y para resolver sobre su mérito

Se considera

En su escrito visible al folio 17 vuelto dice el señor Agente del Ministerio Público "interpongo el recurso de súplica contra el auto que admitió la demanda en virtud de que el poder que se confirió al señor doctor Hernán Manrique fue presentado ante la Notaría Tercera de Medellín cuando ha debido otorgarse ante una autoridad judicial, de conformidad con claras normas legales".

La jurisprudencia nacional había aceptado que el auto admisorio de la demanda era de sustanciación y contra él sólo cabía el recurso

de reposición, pero tal doctrina ha sido revaluada últimamente con base en que si el auto admisorio de la demanda contiene alguna decisión sobre su registro o el monto y clase de caución que para efectos exige la ley, o sobre secuestros y embargos preventivos, o sobre la representación del demandante o del demandado o el reconocimiento de apoderados, su carácter de interlocutorio resulta claro y así lo han venido aceptando varios tribunales del país entre ellos el de Bogotá. Y es porque el juez podrá conocer y decidir sólo si el proceso resulta válido y regularmente constituido, porque los presupuestos de fondo no tienen el mismo valor ni iguales consecuencias a la hora de fallar.

El tratadista de derecho procesal civil doctor Hernando Devis Echandía en el tomo III de su obra, página 428 y siguientes dice "que lo técnico es distinguir los presupuestos procesales así: 1. Presupuestos procesales de la acción, que miran al ejercicio válido del derecho subjetivo de acción por el demandante. 2. Presupuestos procesales previos del juicio, que deben reunirse antes de admitir el juez la demanda. 3. Presupuestos procesales del procedimiento, que atañen al válido desenvolvimiento del proceso, hasta culminar con la sentencia, cualquiera que sea el contenido de ésta. 4. Presupuestos procesales absolutos o insubsanables. 5. Presupuestos procesales relativos o saneables".

En el presente caso se trata de el reconocimiento de apoderado de la parte demandante, por lo cual el auto admisorio de la demanda tiene el carácter de interlocutorio y, por ende, es suplicable.

Al folio 1º se lee el poder otorgado por el señor Humberto Upegui Ortiz, como representante legal de la Sociedad 'Importadora Almacenes Ley S. A.', al doctor Hernán Manrique R. Dicho poder fue presentado ante el Notario Tercero del Circuito de Medellín, el 17 de julio de 1969 o sea que la presentación no fue hecha en la forma preceptuada por el artículo 257 del Código Judicial, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 359 de la misma obra. El primero de tales artículos preceptúa: "Cuando el otorgante no reside en el lugar en donde se halle el juez respectivo, puede presentar el memorial al juez del municipio donde se encuentre el poderdante, quien le pone una nota donde aparezca la presentación personal hecha por aquél".

Y el artículo 359 de la misma obra preceptúa: "La persona ausente del lugar del juicio que tenga que hacer presentación personal de un escrito, o que necesite dirigir un memorial al juez de la causa, debe presentarlo personalmente a un juez o a una autoridad del orden político de su residencia, a fin de que éste le ponga la nota de presentación y se lo devuelva para que lo envíe a su destino".

Se observa que el poderdante Humberto Upegui Ortiz es vecino de Medellín, lugar en donde también le fue expedida la cédula de cuidadanía Nº 3.327.364, según lo afirma en el memorial-poder visible al folio 1º, escrito que fue presentado ante el Notario Tercero de aquel Circuito.

Según las disposiciones transcritas no es atribución de los notarios la de constatar la presentación de poderes, salvo que ello se haga con las formalidades de escritura pública (artículo 256 del C. J.).

De otro lado el artículo 256 del Código Judicial estatuye: "El poder especial para un juicio puede conferirse por escritura pública, o por

memorial presentado como se dispone para las demandas". Y el artículo 223 de la misma obra preceptúa: "Toda demanda en asunto contencioso debe ser presentada personalmente por la parte o por su apoderado o representante al secretario del juez a quien se dirige, o a un juez de la residencia del que la presenta para que certifique su identidad".

De otro lado, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en su inciso 4º, dispone respecto de los requisitos de la demanda lo siguiente: "Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio, cuando tenga la representación de otra persona".

Y el artículo 87 de la obra citada dispone no dar curso a la demanda que carezca de algunas de las anteriores formalidades y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción y, además, ordena devolver la demanda para que se corrija cuando su inadmisión se deba a falta de requisitos como el anotado anteriormente.

Así lo han decidido distintos consejeros en casos similares al presente.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión, **revoca el auto** de 24 de octubre de 1969 y en su lugar, decide:

No se **admite** la demanda presentada por el doctor Hernán Manrique R. en representación de la sociedad 'Importadora Almacenes Ley S. A.', de Medellín y se ordena devolver tal demanda al interesado para los fines legales a que haya lugar.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge a Velásquez D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

TITULO V.

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

REVISION DE IMPUESTOS

JUICIOS DE IMPUESTOS.— Tribunal competente para conocer de ellos.— **El artículo 277 del Código Contencioso Administrativo regula en forma expresa y especial la competencia para conocer de él, en tratándose de gravámenes nacionales. De acuerdo con esta norma, conocen a prevención "el tribunal administrativo en cuyo territorio se hizo la liquidación, el correspondiente al del domicilio del demandante o el del lugar donde se cubrió el impuesto", facilidad que el legislador le concede al contribuyente para que por simples motivos de organización judicial no llegue a verse privado del derecho a impugnar una liquidación que estime injusta o ilegalmente gravosa.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., agosto ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Juan Hernández Sáenz**).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 14 de marzo pasado, se abstuvo de admitir la demanda de impuestos que presentó el doctor Alfonso Duarte Cancino a nombre del señor Alberto Díaz Soler. Dijo este organismo, para fundamentar su decisión, que como se trata de un juicio contra la Nación, la competencia para dirimirlo radica en el tribunal que corresponda al domicilio del demandante, que es Bucaramanga, según lo prevé el artículo 8º del Decreto-ley 1819 de 1964. Y dijo también, como reparo a la demanda, que en ella no se expresó la cuantía de la acción.

El demandante apeló y como está surtido el trámite del recurso, es la oportunidad de resolver:

La naturaleza propia del juicio especial sobre impuestos no permite discutir dentro de él una supuesta responsabilidad de la Nación por actos, hechos u omisiones de sus agentes que dañen o perjudiquen a los particulares en sus personas o en su patrimonio, ni tampoco permite esclarecer si algunos bienes o algunos derechos constituidos sobre ellos pertenecen o no al patrimonio nacional. Simplemente se puede esclarecer en este juicio cuál es el monto definitivo de la suma con que una persona determinada debe contribuir a las cargas públicas de la Nación, el departamento o el municipio, de acuerdo con las respectivas normas tributarias.

De ningún modo puede pensarse entonces que un juicio referente a impuestos nacionales constituya realmente un proceso judicial contra la Nación ya que es apenas un medio jurídico establecido por el legislador para dirimir ante un organismo distinto de la propia administración la discrepancia que exista entre las autoridades de impuestos y el contribuyente sobre la cuantía de un gravamen. Tan es así que la actuación culmina con un fallo que ordena devolver lo cobrado en exceso o, al contrario, declara que la liquidación gubernativa se ajustó a derecho. Pero nunca se llega a una sentencia de condena o de absolución, en el sentido que los procesalistas les dan a estas palabras.

Precisamente por esta característica específica del juicio sobre impuestos, el artículo 277 del Código Contencioso Administrativo regula en forma expresa y especial la competencia para conocer de él, en tratándose de gravámenes nacionales. De acuerdo con esta norma, conocen a prevención "el tribunal administrativo en cuyo territorio se hizo la liquidación, el correspondiente al del domicilio del demandante o el del lugar donde se cubrió el impuesto", facilidad que el legislador le concede al contribuyente para que por simples motivos de organización judicial no llegue a verse privado del derecho a impugnar una liquidación que estime injusta o ilegalmente gravosa.

Las razones expuestas hacen clarísimo que compete al Tribunal **a quo** conocer del asunto **sub judice**, por cuanto fue la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá quien le practicó al señor Alberto Díaz Soler la liquidación del impuesto sobre la renta que se acusa en la demanda.

Asimismo, el hecho de que en el libelo no se determine expresamente la cuantía de la acción tampoco es óbice para admitirlo, puesto que sea cual fuere esa cuantía, corresponde al Tribunal conocer del juicio en única o en primera instancia, según el caso, porque así lo enseña el artículo 32, aparte 1º, ordinal e) y aparte 2º, ordinal g) del Decreto-ley 528 de 1964. Apenas habrá lugar entonces a volver sobre el tema en la hipótesis de que se interponga apelación contra el fallo del Tribunal y sólo para juzgar sobre la procedencia de ese recurso.

Corresponde pues revocar el auto, apelado y disponer, en cambio, que se le dé curso a la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revócase el auto apelado. En su lugar se dispone que el Tribunal de origen proceda a darle curso a la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 8 de agosto de mil novecientos sesenta y nueve.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

I. **EXPENSAS O GASTOS DEDUCIBLES.— Son aquellos que tengan ciertamente el carácter de indispensables, necesarios, imprescindibles y normales, lo que excluye toda idea de simple utilidad o conveniencia en los mismos porque si indiscriminadamente se aceptasen toda clase de expensas, desde luego no faltarían en ninguna declaración aun las que sin revestir el carácter de necesidad tienen sin embargo una incidencia de simple utilidad o conveniencia para el contribuyente.**

II. **IMPUESTOS.—** Los gastos necesarios para la valoración del good will no son deducibles.— **Los intangibles constituyen un capital que juega en el mercado, que puede venderse y que se agrega al valor de los activos tangibles o inmateriales para constituir el patrimonio de una empresa; entonces, los gastos que sean necesarios para la concreción o evaluación de ese capital no tienen ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista tributario el carácter de expensa sino que ellos mismos constituyen una inversión cuyos resultados benéficos para la empresa la hacen altamente conveniente. No habría entonces razón para que al obtener una ventaja patrimonial como es la que resulta del avalúo de los intangibles se pretenda al mismo tiempo deducir el monto de lo invertido en lograrlo (honorarios de abogados y peritos) como si se tratare de aquellas expensas necesarias u ordinarias que sí pueden deducirse al determinar el monto de la renta líquida gravable.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., agosto trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

Ref.: Expediente número 1237. Actor: First National City Bank of New York. Consulta de la sentencia de 25 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El doctor Leopoldo Poveda Galán, como apoderado de la sociedad First National City Bank of New York solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por el año

gravable de 1959, modificada en parte por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en la Resolución A-1602-P de 2 de julio de 1962 y confirmada por la División de Impuestos Nacionales en la Resolución número R-03327-H de 31 de octubre de 1963 por cuanto en dichos actos no se aceptó como deducción de la renta de la sociedad, la suma de $ 124.976.45 que dicha entidad bancaria pagó como honorarios profesionales y de peritos durante ese año gravable, en las diligencias administrativas que se adelantaron ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, para el reavalúo del good will de la sociedad.

El Tribunal del conocimiento, en sentencia de 25 de abril de 1969, por mayoría de votos, pues hubo salvamento del Magistrado doctor Gaspar Caballero Sierra, accedió a las súplicas de la demanda y previa la liquidación respectiva ordenó las siguientes devolúciones: por impuestos sobre la renta $ 36.551.61; por Paz del Río $ 3.300.76.

Procede el Consejo de Estado a resolver la consulta a que fue sometida la anterior providencia en atención a que no hubo apelación de ella y lo hace mediante las consideraciones que a continuación se expresan:

El actor indicó como violadas especialmente las siguientes disposiciones: ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935; artículos 43 y 54 del Decreto reglamentario 818 de 1936.

Tesis de la División de Impuestos

En la resolución atrás citada para negarse a reconocer el avalúo del good will dice la División de Impuestos Nacionales:

> "Aparece perfectamente claro en varias piezas del informativo que la suma controvertida la pagó el Banco a profesionales abogados 'por concepto de reavalúo de good will' del mismo Banco. (Certificación de la Superintendencia Bancaria. Anexos declaración sociedad). Es asi mismo (sic) claro que el reavalúo dicho no está dentro de los fines normales del negocio bancario. El reavalúo del intangible en mención tiene evidentemente una finalidad de ventaja para el Banco que obra en el aspecto financiero útil para la entidad pero no actúa en el cómputo de pérdidas y ganancias para efectos fiscales; y configura un instrumento aprovechable para que el mismo Banco defienda porciones considerables de renta que sin tal instrumento tributarían en forma gravosa. El reavalúo persigue, pues, un fin fuera de lo ordinario en el desenvolvimiento normal de las operaciones bancarias, es un caso de ocurrencia única dentro de un año fiscal sin relación con la obtención de la renta fiscal: aspectos que se contemplan en la ley para definir como normal u ordinario un gasto para efectos impositivos (Art. 42 del decreto ya citado)".

Tesis del demandante

Dice así el actor en una de las partes esenciales de su extensa demanda, frente a los planteamientos anteriores:

> "Sabemos que para rendir la declaración de renta, para obtener el reconocimiento de exenciones especiales y de reservas sobre depreciación, deudas malas, respaldo de activos, castigo de bie-

nes absoletos, (sic) deméritos acelerados etc., se exigen procedimientos y actuaciones que requieren pagos a profesionales y a nadie se le había ocurrido antes, que no fueran gastos necesarios normales, indispensables para hacer buen uso de las facultades y derechos de la ley y por lo mismo necesarios en la administración de un negocio o comercio, gerencia que ha de cumplirse como lo hace un buen padre de familia al decir del Código Civil.

Lo mismo sucede con el reconocimiento y avalúo del good will, que requiere un trámite especial y erogaciones a profesionales. La ley otorga el derecho a las empresas y negocios para hacer reconocer su good will, como activo patrimonial computable para el exceso de utilidades y gravable en el patrimonio. Es normal que las empresas que tengan tales intangibles, bien sean, adquiridos por compra o bien formados, los hagan reconocer porque sólo así tienen efecto legal. La ley no puede disponer nada anormal o innecesario. El procedimiento legal para establecer el good will no es anormal o innecesario. Los gastos en que se incurra en la gestión tampoco pueden ser anormales ni innecesarios para la empresa o negocio, sino al contrario normales y necesarios como que es normal y necesario hacer uso de los derechos que la ley otorga y mala administración haría quien en la gerencia omitiera el buen uso de la ley. El good will es un activo del balance y es un haber con efectos fiscales; constituye patrimonio del contribuyente cuando ha sido reconocido; y el hecho de que por él se defienda impuesto, justifica precisamente la necesidad del gasto para la empresa o negocio en la gestión, de su reconocimiento. No será una fuente directa de ganancias, pero sí lo es indirecta como que el good will es la concreción de la buena fama y crédito comercial o industrial, al decir de los autores, y tanto es así, que su reconocimiento se funda precisamente en que es un factor de super-rendimientos, hasta tal punto que se justiprecia en razón del exceso de utilidades que produce.

Estos fundamentos explican la razón de esta demanda que se dirige a obtener la deducción en la renta de los gastos incurridos en la suma de $ 124.976.45 por pagos a profesionales, pedidos en el denuncio y desconocidos por las oficinas del impuesto sobre la renta en los actos acusados, no obstante estar comprobados en el expediente con la certificación de la Superintendencia Bancaria que llegará al honorable Tribunal anexa a los antecedentes gubernativos; reconocido el hecho de su causación y pago en la misma providencia acusada, circunstancia que nos releva de discusión en los hechos para plantear las objeciones en la violación de la ley por interpretación de la norma sustantiva arriba invocada y del artículo 54 del Decreto 818 de 1936 y concordantes, en forma indebida".

Consideraciones del Consejo de Estado

Preceptúa el artículo 2º de la Ley 78 de 1935:

"El artículo 2º de la Ley 81 de 1931, quedará así:

Al computar la renta líquida se harán las siguientes deducciones de la renta bruta:

1º Las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable de acuerdo con esta ley...".

Y el artículo 42 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de esta disposición expresa:

> "Los gastos o expensas deducibles de la renta bruta, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 78 de 1935, son únicamente los ordinarios dentro de la normalidad del negocio, profesión, industria o comercio, y siempre que no deban considerarse como inversiones permanentes como las adiciones y mejoras, respecto de las cuales sólo es admisible una deducción por depreciación en ciertos casos especialmente tratados en artículos posteriores".

Veamos ahora, a la luz de esas disposiciones, si el avalúo del good will en una sociedad para efectos tributarios es un gasto o expensa de los que puedan considerarse como ordinarios en el normal desenvolvimiento del negocio, o por el contrario se trata de una expensa extraordinaria, ocasional o esporádica que no queda amparada por las normas indicadas.

De acuerdo con el concepto de algunos comentadores las expensas o gastos deducibles son aquellos que tengan ciertamente el carácter de indispensables, necesarios, imprescindibles y normales lo que excluye toda idea de simple utilidad o conveniencia en los mismos porque si indiscriminadamente se aceptasen toda clase de expensas, desde luego no faltarían en ninguna declaración aun las que sin revestir el carácter de necesidad tienen sin embargo una incidencia de simple utilidad o conveniencia para el contribuyente.

Sobre este punto se expresa así el doctor Isaac López Freyle a la página 199 de su obra "Principios de derecho tributario" edición de 1956:

> "Fiscalmente se entiende por expensas ordinarias los gastos causados y pagados necesariamente dentro de la normalidad de un negocio, comercio o industria, para los fines del mismo, en una actividad productora de utilidades gravables.
>
> Debe hacerse resaltar que de acuerdo con la definición que antecede, los gastos computables deben ser necesarios para la explotación y no simplemente convenientes, útiles o voluntarios, pues si esto no fuera así, no habría gastos innecesarios, tanto más cuanto que cualquier gasto siempre tiene alguna relación de causalidad con el negocio a que quiera imputársele. En este orden de ideas deben excluirse los gastos extraordinarios por no ser normales es decir, por no ajustarse a la naturaleza común de los gastos corrientes en que incurren las empresas dedicadas a la misma actividad económica, en condiciones similares por razones de su ubicación geográfica y los diversos factores económicos que juegan en la producción".

Y con anterioridad había dicho sobre este punto el muy ilustrado tratadista doctor Manuel A. Alvarado en su obra "Tratado de ciencia tributaria" edición de 1941, página 157 a 159:

"Se entiende por expensas o gastos ordinarios, los exigidos necesariamente dentro de la normalidad de un negocio o comercio y para los fines del mismo.

a) Necesidad. Al gasto necesario se opone, en primer término, el meramente útil o provechoso. Si así no fuera, no habría gasto innecesario, porque sería muy fácil para el contribuyente buscarle cualquier relación de beneficio para el negocio al cual quiere imputársele.

Se oponen, pues, a esta clase de gastos, los extraordinarios, porque por su carácter de tales dejan de ser necesarios. El carácter de extraordinario se fija teniendo en cuenta la normalidad del gasto, habida consideración de la clase de negocio o comercio y de los contribuyentes que se ocupan en él.

Se oponen también los gastos personales del contribuyente, porque se considera que éstos se hacen con las utilidades obtenidas por él, y de ahí que den lugar a las exenciones que la ley concede.

b) Finalidad. La finalidad de un gasto debe tener relación directa de causalidad con la renta del negocio, pero no es necesario que contablemente deba cargarse a la cuenta de producción. En otros términos, no es necesario que el gasto constituya costo de producción.

A esta clase de gastos se oponen generalmente, y sobre todo tratándose de contribuyentes individuales, las donaciones o expensas de carácter gratuito.

De esta suerte, las condiciones exigidas por la ley para que un gasto sea deducible, son estas dos, de que tratan los comentadores de los reglamentos americanos: 1ª Que se relacionen directamente con el negocio o se causen por él; y 2ª Que ordinariamente se hagan en el negocio de la clase a que se dedique el contribuyente. De otro modo, en relación con cada partida que se pretenda deducir como gasto, el contribuyente debe hacerse estas preguntas: 1ª El gasto se relaciona directamente con el negocio, comercio o profesión, o se ha causado por el negocio, comercio o profesión?; 2ª El gasto es de los que ordinariamente se hacen en el negocio, comercio o profesión en que el contribuyente se ocupa?"

Frente a los anteriores planteamientos ocurre preguntarse: son ordinarios para una empresa los gastos que se realicen para la valoración del good will? Se trata de un gasto necesario o simplemente útil?

Para responder a esos interrogantes es necesario hacer un análisis somero siquiera de lo que es el good will y de la manera como juega frente al problema tributario, aparte de las incidencias que pueda tener en la marcha de cualquier empresa o negocio.

Entre los bienes incorporados al patrimonio de un contribuyente están los llamados intangibles más comúnmente conocidos con el nombre de good will. Desde el primitivo concepto que corresponde exactamente a las palabras inglesas "buena voluntad", multitud son las de-

finiciones que se han dado de esta especialísima concepción del haber patrimonial cuyo verdadero sentido se capta mejor dando una referencia de criterio descriptivo que acudiendo a definiciones académicas.

En toda empresa hay un capital invertido, cuyos elementos son valorables y tangibles y que corresponden a la noción común que los economistas suelen dar de patrimonio; ese capital en circunstancias normales suele dar una utilidad común, ordinaria, similar a la que producen capitales dedicados a la misma empresa o negocio.

Pero puede presentarse el fenómeno de que un capital produzca utilidades que sobrepasen a las normales, es decir que se obtengan superutilidades que comparadas con las que ordinariamente obtienen empresas similares no se explican por lo que normalmente debe producir un capital en el juego ordinario del mercado. Entonces se habla de la presencia de factores múltiples que influyen en las superutilidades los cuales se denominan genéricamente intangibles o good will y que son apreciables en dinero.

Tales bienes son los que resultan de una mayor clientela, un gran prestigio, un mayor movimiento de la empresa industrial o comercial y le obtiene utilidades especiales y que según nuestra legislación tributaria están "constituidos por concesiones, patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio, propiedad literaria y artística, derechos de nombre o razón social, buena reputación comercial o industrial..." (Ley 81 de 1960, Art. 64). Desde luego se trata aquí de una simple enumeración por vía de ejemplo, puesto que según la empresa los factores determinantes del good will son distintos y a veces peculiares según el lugar en donde se desenvuelve la actividad del capital tangible.

Es muy importante tener en cuenta entonces este principio fundamental para la comprensión del problema que se estudia: el good will no sólo desde el punto de vista económico sino desde el punto de vista tributario forma parte del patrimonio de los contribuyentes y su reconocimiento contribuye no al beneficio del Fisco sino de los mismos contribuyentes.

Atrás se analizó que según las normas de la Ley 78 de 1935 y el artículo 42 del Decreto 818 de 1936 los gastos que deben deducirse son los necesarios en la industria o negocio y no los simplemente útiles o voluntarios y que también deben excluirse como deducibles los gastos extraordinarios, es decir, los que no son normales o corrientes en la respectiva empresa. Ahora bien, con qué fin se realiza el avalúo del good will para fines tributarios? Indudablemente que la finalidad esencial y pudiéramos decir que única de ese avalúo es la de evitar el impuesto de exceso de utilidades o al menos reducirlo de manera considerable y por eso mismo anotábamos ahora cómo ese intangible tiene valor para el contribuyente mas no para el Fisco.

Ocurre que cuando un determinado negocio está produciendo superutilidades que no corresponden al capital invertido acude a la División de Impuestos Nacionales a fin de que se avalúen los bienes intangibles o good will con el objeto de que unidos éstos el valor de los activos tangibles formen un capital frente al cual ya las utilidades no se presentan como excesivas, por lo menos en parte considerable de ellas.

Esta operación no es de las que normalmente se presentan en la actividad de una empresa o negocio; por el contrario, se trata de un esporádico, extraordinario y ocasional y por lo mismo no puede de forma alguna sostenerse que los gastos realizados en el avalúo de intangibles como es el caso que se discute, puedan considerarse dentro de las expensas ordinarias causadas durante el año gravable a que se refiere el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario 818.

Por otro aspecto tampoco puede sostenerse válidamente que dichos gastos tengan el carácter de necesarios para el funcionamiento del negocio porque cuando más pueden considerarse como convenientes o útiles ya que van a incidir necesariamente en un menor valor de los impuestos y por lo mismo tienen más el carácter de conveniencia que de necesidad.

De otro lado, ya se vio cómo los intangibles constituyen un capital que juega en el mercado, que puede venderse y que se asigna al valor de los activos tangibles o inmateriales para constituir el patrimonio de una empresa; entonces, los gastos que sean necesarios para la concreción o evaluación de ese capital no tienen ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista tributario el carácter de expensa sino que ellos mismos constituyen una inversión cuyos resultados benéficos para la empresa la hacen altamente conveniente. No habría entonces razón para que al obtener una ventaja patrimonial como es la que resulta del avalúo de los intangibles se pretenda al mismo tiempo deducir el monto de lo invertido en lograrlo (honorarios de abogados y peritos) como si se tratare de aquellas expensas ordinarias u ordinarias que sí pueden deducirse al determinar el monto de la renta líquida gravable.

Con gran certeza anota el doctor Alvarado en su obra ya citada lo siguiente, a las páginas 158 y 159:

> "Al concepto de gasto se opone también el de inversión o aumento de capital.
>
> El artículo 56 del Decreto 818 de 1936 dice lo siguiente: "Las cantidades pagadas por concepto de reparaciones meramente preventivas, por contraposición a las de carácter permanente que tienden a aumentar el valor de la propiedad o a prolongar notablemente su duración, son también deducibles, pero para ello es necesario que se relacionen en los respectivos formularios prescritos por el Jefe de Rentas Nacionales".
>
> La anterior disposición da una idea de lo que constituye inversión o aumento de capital, no deducible como gasto.
>
> Por regla general el gasto propiamente dicho, una vez verificado, desaparece, en tanto que la inversión permanece y aumenta con ese mismo carácter de permanencia el patrimonio del contribuyente. Puede decirse, en otros términos, que las erogaciones capitalizables o inversiones son aquellas que no disminuyen el capital contable, y que las no capitalizables o gastos son las que disminuyen el capital contable, disminuyéndolo".

finiciones que se han dado de esta especialísima concepción del haber patrimonial cuyo verdadero sentido se capta mejor dando una referencia de criterio descriptivo que acudiendo a definiciones académicas.

En toda empresa hay un capital invertido, cuyos elementos son valorables y tangibles y que corresponden a la noción común que los economistas suelen dar de patrimonio; ese capital en circunstancias normales suele dar una utilidad común, ordinaria, similar a la que producen capitales dedicados a la misma empresa o negocio.

Pero puede presentarse el fenómeno de que un capital produzca utilidades que sobrepasen a las normales, es decir que se obtengan superutilidades que comparadas con las que ordinariamente obtienen empresas similares no se explican por lo que normalmente debe producir un capital en el juego ordinario del mercado. Entonces se habla de la presencia de factores múltiples que influyen en las superutilidades los cuales se denominan genéricamente intangibles o good will y que son apreciables en dinero.

Tales bienes son los que resultan de una mayor clientela, un gran prestigio, un mayor movimiento de la empresa industrial o comercial y le obtiene utilidades especiales y que según nuestra legislación tributaria están "constituidos por concesiones, patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio, propiedad literaria y artística, derechos de nombre o razón social, buena reputación comercial o industrial..." (Ley 81 de 1960, Art. 64). Desde luego se trata aquí de una simple enumeración por vía de ejemplo, puesto que según la empresa los factores determinantes del good will son distintos y a veces peculiares según el lugar en donde se desenvuelve la actividad del capital tangible.

Es muy importante tener en cuenta entonces este principio fundamental para la comprensión del problema que se estudia: el good will no sólo desde el punto de vista económico sino desde el punto de vista tributario forma parte del patrimonio de los contribuyentes y su reconocimiento contribuye no al beneficio del Fisco sino de los mismos contribuyentes.

Atrás se analizó que según las normas de la Ley 78 de 1935 y el artículo 42 del Decreto 818 de 1936 los gastos que deben deducirse son los necesarios en la industria o negocio y no los simplemente útiles o voluntarios y que también deben excluirse como deducibles los gastos extraordinarios, es decir, los que no son normales o corrientes en la respectiva empresa. Ahora bien, con qué fin se realiza el avalúo del good will para fines tributarios? Indudablemente que la finalidad esencial y pudiéramos decir que única de ese avalúo es la de evitar el impuesto de exceso de utilidades o al menos reducirlo de manera considerable y por eso mismo anotábamos ahora cómo ese intangible tiene valor para el contribuyente mas no para el Fisco.

Ocurre que cuando un determinado negocio está produciendo superutilidades que no corresponden al capital invertido acude a la División de Impuestos Nacionales a fin de que se avalúen los bienes intangibles o good will con el objeto de que unidos éstos el valor de los activos tangibles formen un capital frente al cual ya las utilidades no se presentan como excesivas, por lo menos en parte considerable de ellas.

Esta operación no es de las que normalmente se presentan en la actividad de una empresa o negocio; por el contrario, se trata de algo esporádico, extraordinario y ocasional y por lo mismo no puede en forma alguna sostenerse que los gastos realizados en el avalúo de los intangibles como es el caso que se discute, puedan considerarse dentro de las expensas ordinarias causadas durante el año gravable a que se refiere el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario 818.

Por otro aspecto tampoco puede sostenerse válidamente que dichos gastos tengan el carácter de necesarios para el funcionamiento del negocio porque cuando más pueden considerarse como convenientes o útiles ya que van a incidir necesariamente en un menor valor de los impuestos y por lo mismo tienen más el carácter de conveniencia que de necesidad.

De otro lado, ya se vio cómo los intangibles constituyen un capital que juega en el mercado, que puede venderse y que se agrega al valor de los activos tangibles o inmateriales para constituir el patrimonio de una empresa; entonces, los gastos que sean necesarios para la concreción o evaluación de ese capital no tienen ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista tributario el carácter de expensa sino que ellos mismos constituyen una inversión cuyos resultados benéficos para la empresa la hacen altamente conveniente. No habría entonces razón para que al obtener una ventaja patrimonial como es la que resulta del avalúo de los intangibles se pretenda al mismo tiempo deducir el monto de lo invertido en lograrlo (honorarios de abogados y peritos) como si se tratare de aquellas expensas necesarias u ordinarias que sí pueden deducirse al determinar el monto de la renta líquida gravable.

Con gran certeza anota el doctor Alvarado en su obra ya citada lo siguiente, a las páginas 158 y 159:

> "Al concepto de gasto se opone también el de inversión o aumento de capital.
>
> El artículo 56 del Decreto 818 de 1936 dice lo siguiente: "Las cantidades pagadas por concepto de reparaciones meramente locativas, por contraposición a las de carácter permanente que tiendan a aumentar el valor de la propiedad o a prolongar notablemente su duración, son también deducibles, pero para ello es necesario que se relacionen en los respectivos formularios prescritos por el Jefe de Rentas Nacionales".
>
> La anterior disposición da una idea de lo que constituye inversión o aumento de capital, no deducible como gasto.
>
> Por regla general el gasto propiamente dicho, una vez verificado, desaparece, en tanto que la inversión permanece y aumenta con ese mismo carácter de permanencia el patrimonio del contribuyente. Puede decirse, en otros términos, que las erogaciones capitalizables o inversiones son aquellas que no disminuyen el capital contable, y que las no capitalizables o gastos son las que sí afectan el capital contable, disminuyéndolo".

finiciones que se han dado de esta especialísima concepción del haber patrimonial cuyo verdadero sentido se capta mejor dando una referencia de criterio descriptivo que acudiendo a definiciones académicas.

En toda empresa hay un capital invertido, cuyos elementos son valorables y tangibles y que corresponden a la noción común que los economistas suelen dar de patrimonio; ese capital en circunstancias normales suele dar una utilidad común, ordinaria, similar a la que producen capitales dedicados a la misma empresa o negocio.

Pero puede presentarse el fenómeno de que un capital produzca utilidades que sobrepasen a las normales, es decir que se obtengan superutilidades que comparadas con las que ordinariamente obtienen empresas similares no se explican por lo que normalmente debe producir un capital en el juego ordinario del mercado. Entonces se habla de la presencia de factores múltiples que influyen en las superutilidades los cuales se denominan genéricamente intangibles o good will y que son apreciables en dinero.

Tales bienes son los que resultan de una mayor clientela, un gran prestigio, un mayor movimiento de la empresa industrial o comercial y le obtiene utilidades especiales y que según nuestra legislación tributaria están "constituidos por concesiones, patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio, propiedad literaria y artística, derechos de nombre o razón social, buena reputación comercial o industrial..." (Ley 81 de 1960, Art. 64). Desde luego se trata aquí de una simple enumeración por vía de ejemplo, puesto que según la empresa los factores determinantes del good will son distintos y a veces peculiares según el lugar en donde se desenvuelve la actividad del capital tangible.

Es muy importante tener en cuenta entonces este principio fundamental para la comprensión del problema que se estudia: el good will no sólo desde el punto de vista económico sino desde el punto de vista tributario forma parte del patrimonio de los contribuyentes y su reconocimiento contribuye no al beneficio del Fisco sino de los mismos contribuyentes.

Atrás se analizó que según las normas de la Ley 78 de 1935 y el artículo 42 del Decreto 818 de 1936 los gastos que deben deducirse son los necesarios en la industria o negocio y no los simplemente útiles o voluntarios y que también deben excluirse como deducibles los gastos extraordinarios, es decir, los que no son normales o corrientes en la respectiva empresa. Ahora bien, con qué fin se realiza el avalúo del good will para fines tributarios? Indudablemente que la finalidad esencial y pudiéramos decir que única de ese avalúo es la de evitar el impuesto de exceso de utilidades o al menos reducirlo de manera considerable y por eso mismo anotábamos ahora cómo ese intangible tiene valor para el contribuyente mas no para el Fisco.

Ocurre que cuando un determinado negocio está produciendo superutilidades que no corresponden al capital invertido acude a la División de Impuestos Nacionales a fin de que se avalúen los bienes intangibles o good will con el objeto de que unidos éstos el valor de los activos tangibles formen un capital frente al cual ya las utilidades no se presentan como excesivas, por lo menos en parte considerable de ellas.

Esta operación no es de las que normalmente se presentan en la actividad de una empresa o negocio; por el contrario, se trata de algo esporádico, extraordinario y ocasional y por lo mismo no puede en forma alguna sostenerse que los gastos realizados en el avalúo de los intangibles como es el caso que se discute, puedan considerarse dentro de las expensas ordinarias causadas durante el año gravable a que se refiere el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario 818.

Por otro aspecto tampoco puede sostenerse válidamente que dichos gastos tengan el carácter de necesarios para el funcionamiento del negocio porque cuando más pueden considerarse como convenientes o útiles ya que van a incidir necesariamente en un menor valor de los impuestos y por lo mismo tienen más el carácter de conveniencia que de necesidad.

De otro lado, ya se vio cómo los intangibles constituyen un capital que juega en el mercado, que puede venderse y que se agrega al valor de los activos tangibles o inmateriales para constituir el patrimonio de una empresa; entonces, los gastos que sean necesarios para la concreción o evaluación de ese capital no tienen ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista tributario el carácter de expensa sino que ellos mismos constituyen una inversión cuyos resultados benéficos para la empresa la hacen altamente conveniente. No habría entonces razón para que al obtener una ventaja patrimonial como es la que resulta del avalúo de los intangibles se pretenda al mismo tiempo deducir el monto de lo invertido en lograrlo (honorarios de abogados y peritos) como si se tratare de aquellas expensas necesarias u ordinarias que sí pueden deducirse al determinar el monto de la renta líquida gravable.

Con gran certeza anota el doctor Alvarado en su obra ya citada lo siguiente, a las páginas 158 y 159:

> "Al concepto de gasto se opone también el de inversión o aumento de capital.
>
> El artículo 56 del Decreto 818 de 1936 dice lo siguiente: "Las cantidades pagadas por concepto de reparaciones meramente locativas, por contraposición a las de carácter permanente que tiendan a aumentar el valor de la propiedad o a prolongar notablemente su duración, son también deducibles, pero para ello es necesario que se relacionen en los respectivos formularios prescritos por el Jefe de Rentas Nacionales".
>
> La anterior disposición da una idea de lo que constituye inversión o aumento de capital, no deducible como gasto.
>
> Por regla general el gasto propiamente dicho, una vez verificado, desaparece, en tanto que la inversión permanece y aumenta con ese mismo carácter de permanencia el patrimonio del contribuyente. Puede decirse, en otros términos, que las erogaciones capitalizables o inversiones son aquellas que no disminuyen el capital contable, y que las no capitalizables o gastos son las que sí afectan el capital contable, disminuyéndolo".

Conviene aquí transcribir lo que dice con todo acierto el Magistrado disidente doctor Gaspar Caballero Sierra en su excelente salvamento de voto, concepto que el Consejo de Estado comparte y prohija:

"a) El good will, o aviamiento, constituye un activo de la empresa industrial. Esto es, consiste en un bien apreciable en dinero que puede enajenarse como cualquier otro, y que a pesar de ser incorpóreo, —por eso se le llama intangible— puede ser objeto de operaciones y transacciones dentro del mundo jurídico comercial. Por eso se dice, que el good will puede ser adquirido o comprado por el comerciante o industrial, o formado por él mismo, en el supuesto, de que en el curso de la actividad empresarial se conformen los factores que le dan nacimiento, y se pide consecuencialmente su avalúo ante la Jefatura de Impuestos Nacionales.

En uno y otro caso, el good will, siempre aparecerá en el activo del balance. Por eso el artículo 156 del Decreto 2521 de 1950 determina que toda sociedad anónima que haya obtenido la valuación de su good will por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales deberá registrar en su contabilidad este hecho, creando una cuenta activa que se denominará "good will (avalúo oficial)".

b) No cabe duda que para adquirir el good will, o para formarlo directamente, habrá necesidad de hacer gastos extraordinarios, que constituirán, entonces, un mayor costo en la adquisición o formación de ese activo fijo. Y digo, un gasto extraordinario, para no confundirlo con los gastos ordinarios o normales del empresario, y que son aquellos que guardan una relación de causalidad directa con sus negocios y actividades.

Pues bien, el activo fijo (el good will lo es) es objeto de depreciación, y por ello la ley permite su amortización durante el lapso, o transcurso de tiempo, expresamente previsto. Por tanto, conjuntamente con el activo en sí mismo considerado, verbi gratia el good will, deberán amortizarse los gastos para su obtención. Así, como el activo es susceptible de amortización, los honorarios que se paguen para el avalúo del good will, éstos hacen parte del costo del intangible, y por consiguiente, deben seguir la suerte misma de aquél, es decir, amortizarse. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

Claro está que la deducción por depreciación en tratándose de los intangibles depende de su duración: así lo anota el doctor Alvarado cuando dice: "Los intangibles, cuyo uso en el comercio o negocio está limitado de manera definida en su duración, pueden ser también objeto de deducción por depreciación. Los intangibles de duración indefinida no pueden ser objeto de tal deducción. Como ejemplo de los primeros, pueden darse los siguientes: patentes de invención, propiedad literaria, licencias, concesiones, contratos de arrendamiento que puedan poseerse a virtud de compra etc., como ejemplo de los segundos: marcas de fábrica y el good will. La no depreciabilidad de estos últimos depende de que no es posible conocer la vida útil probable de estos bienes, y por lo tanto tampoco será posible saber con certidumbre si efectivamente pueden o no perderse para su propietario". (Página 195).

Por otra parte, no debe olvidarse que según el espíritu del artículo 2º de la Ley 81 de 1931, las expensas que deben deducirse son aquellas invertidas en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable, lo que en otros términos significa que las expensas causadas en factores del comercio o negocio cuya renta no sea gravable no pueden ser deducidas. La parte del patrimonio constituida por el good will por si solo no es un elemento productor de renta y más bien es una base de desgravación puesto que su presencia en el patrimonio del contribuyente tiene como finalidad esencial la de eliminar o disminuir el exceso de utilidades; se compensa así el beneficio que recibe el contribuyente del hecho de que la ley permita liquidarle ese bien económico a la tasa patrimonial y no a la de renta, y esto explica precisamente el que no se permitan deducirse las expensas empleadas en su producción.

Finalmente se observa: en la demanda se invocó también como base de las pretensiones el artículo 54 en armonía con el 53 del Decreto 818 de 1936. Sobre el particular es de advertir que la deducción allí planteada se refiere a gastos personales que se hacen a profesionales y no a las expensas ordinarias de un determinado negocio por lo cual los factores allí contemplados no pueden referirse a compañías o sociedades, en las cuales no hay gastos personales propiamente dichos.

Ciertamente hay una contradicción en el actor cuando de un lado invoca en defensa de su petición el ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 81 de 1931 dentro del cual sí podrían caber los sueldos y asignaciones reconocidos a profesionales cuando tengan el carácter de permanentes y ordinarios, y de otra los indicados artículos del 818 que comprende gastos personales como lo dice expresamente el artículo 53 y que por lo tanto sólo es aplicable a las personas naturales.

La prueba evidente es que allí se habla de una deducción del 20% cuando la otra es total.

Dice al respecto el doctor Alvarado: "La ley colombiana contempla una deducción especial (numeral 9º, Art. 2º, Ley 78) de un 20% del valor de lo pagado en el país por servicios profesionales a médicos, abogados, ingenieros, dentistas, siempre que el contribuyente exprese el nombre y dirección de la persona o personas a quienes tales servicios se hayan pagado, y siempre que dichos profesionales residan en el país. En primer lugar cabe hacer la observación, que ya se hizo en otra parte, de que esta deducción así limitada se refiere a gastos personales por este concepto, y no a los pagos o expensas ordinarias de una empresa por esta clase de servicios, como por ejemplo, los sueldos o asignaciones reconocidas con carácter permanente a médicos que atiendan a los obreros de una fábrica, pues estos últimos son deducibles en su totalidad, como expensas ordinarias. Si alguna objeción pudiera hacerse a este último gasto sería por no tener éste el carácter de expensa ordinaria, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de servicios prestados por abogados en la confección o presentación de declaración de renta o patrimonio, o en los reclamos que el contribuyente necesita hacer sobre este particular".

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Revócase la sentencia consultada, de que se ha hecho mérito.

2º No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 8 de agosto de 1969.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

DECLARACION DE RENTA.— De personas que se dediquen habitualmente a los negocios de compraventa a plazos.— **Aunque es indiscutible que los artículos 80 a 87 del Decreto 437 de 1961, que reglamentan íntegramente el sistema para la presentación de las declaraciones de renta por las personas que se dediquen habitualmente a los negocios de compraventa a plazos, derogaron hacia el futuro las normas anteriores que regulaban esa materia y, por lo mismo, nadie pudo invocarlas en adelante como fundamento para hacer sus nuevas denuncias de renta, es lo cierto que el artículo 87 del decreto les permitió a los viejos contribuyentes que utilizaban sistemas distintos del señalado por el artículo 80 del mismo para determinar su renta bruta, optar por el nuevo sistema, pero con la autorización previa de los funcionarios de impuestos. O sea, que mientras obtenían esa autorización, les era lícito determinar su renta y denunciarla por el método que hubieran aplicado en los ejercicios gravables anteriores.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., septiembre doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Juan Hernández Sáenz**).

La firma "Julio y José Ramírez Johns y Cía. S. A." solicitó del Tribunal Administrativo de Antioquia que revisara su liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente a 1960 por considerar que le habían sido gravadas unas utilidades diferidas o ingresos futuros, provenientes de los negocios de compraventa a plazos que realiza la compañía como actividad normal suya.

Estimó así que dicha liquidación era violatoria de lo dispuesto en varias normas del Decreto 437 de 1961 y especialmente en el inciso 2º de su artículo 87.

El Tribunal, en sentencia del 2 de julio pasado, accedió a la solicitud de la actora. Y como no se interpuso apelación, conoce esta Sala por vía de consulta del expresado fallo.

Se considera

Aunque es indiscutible que los artículos 80 a 87 del Decreto 437 de 1961, que reglamentan íntegramente el sistema para la presentación de las declaraciones de renta por las personas que se dediquen habitualmente a los negocios de compraventa a plazos, derogaron hacia el futuro las normas anteriores que regulaban esa materia y, por lo mismo, nadie pudo invocarlas en adelante como fundamento para hacer sus nuevas denuncias de renta, es lo cierto que el artículo 87 del decreto les permitió a los viejos contribuyentes que utilizaban sistemas distintos del señalado por el artículo 80 del mismo decreto para determinar su renta bruta, optar por el nuevo sistema, pero con la autorización previa de los funcionarios de impuestos. O sea, que mientras obtenían esa autorización, les era lícito determinar su renta y denunciarla por el método que hubieran aplicado en los ejercicios gravables anteriores, para que no se dislocara así de buenas a primeras la organización contable de antemano establecida por ellos, como consecuencia del tránsito de uno a otro sistema sin hacer los ajustes contables necesarios para la clara y ordenada operancia del nuevo.

Dice, en efecto, el aludido artículo 87:

> "Los contribuyentes que tengan establecido un sistema de ventas a plazos, podrán determinar su renta bruta en la forma establecida en el artículo 48 o en la forma indicada por el artículo 80 de este decreto.
>
> Los contribuyentes que hayan venido determinando su renta bruta por otros sistemas y opten por acogerse a éste, deberán obtener autorización de la respectiva Administración de Impuestos Nacionales, la que determinará los ajustes a que haya lugar para la adaptación al nuevo sistema y la fecha de realizarlo. Igual formalidad se establece para quienes hayan llevado este sistema y opten por acogerse a otro".

Y como en el presente caso aparece de autos, especialmente de la peritación rendida en el juicio, que la empresa demandante cumplió con los principios ya enunciados, se ajusta a derecho la decisión del Tribunal **a quo** y debe, en consecuencia, mantenerse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 11 de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

EFECTOS DE LAS SENTENCIAS.— En el campo civil la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, tiene efecto retroactivo y da a las partes el derecho para ser restablecidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En el campo administrativo la sentencia con efecto erga omnes sólo opera hacia el futuro pero esa misma providencia puede cobijar acciones de plena jurisdicción o del contencioso de impuestos cuando, habiendo sido propuestas dentro de los términos que la ley señala para su ejercicio, la sentencia se produce con posterioridad a la anulación que se decretó en la acción de simple nulidad. Y ello por la sencilla razón de que una providencia no puede ser anulada dos veces con base en los mismos fundamentos jurídicos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., octubre diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

Ref.: Expediente número 1384. Impuestos. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. "Cadenalco".

Para surtir el grado de consulta ha llegado al Consejo la sentencia de 19 de agosto de 1969, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio de la referencia en cuya parte resolutiva se tomaron las siguientes determinaciones que se copian textualmente:

"Revísase la operación administrativa de liquidación de impuestos municipales por el año de 1967 de que dan cuenta los siguientes actos:

El contenido en el acta número 119 referente a la sesión del 3 de diciembre de 1966 de la Comisión de Liquidación de Impuestos de Industria y Comercio, en cuanto reza: "Aforos, zona número 5. Almacén Ley. Oficina calle 51 número 45-35 impuesto actual $ 8.616.00 rige a partir de enero 1º de 1967".

El emitido en la sesión número 40 de junio 24 de 1967 por medio del cual se negó la revocación del anterior, y se declaró que el mencionado aforo se refiere a la Oficina Presidencia de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A.

Y el contenido en la resolución de la Junta de Hacienda Municipal en la sesión número 17 correspondiente al día 11 de agosto de 1967 por medio de la cual se confirmó la precitada liquidación.

Como consecuencia de la revisión se declara que la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A., no está obligada a pagar el referido impuesto.

El municipio de Medellín devolverá a la expresada sociedad, en los términos del artículo 121 de la Ley 167 de 1941 las sumas pagadas en concepto del referido impuesto por el año de 1967".

Hechos

Como procurador judicial de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. Cadenalco, el doctor Ignacio Mejía Velásquez demandó la revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos practicada por la División de Impuestos Municipales del municipio de Medellín, por medio de la cual se le liquidó a la demandante, con el carácter de "impuesto de gerencia" la suma de $ 8.616.00 mensuales. Contra el aforo indicado interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación ante la Junta de Hacienda Municipal los cuales fueron negados.

La sociedad demandante viene siendo gravada con impuesto de industria y comercio por los almacenes que tiene en la ciudad de Medellín. En la calle 51 Nº 45-35 de la misma ciudad, tiene la firma algunas de las oficinas de administración las cuales también fueron gravadas con el impuesto que es materia de la presente demanda y que so pretexto de llamarse impuesto de industria y comercio, en realidad queda bajo la denominación de impuesto de gerencia, es decir, un tributo por razón del establecimiento donde funcionan las oficinas que orientan, controlan y dirigen el negocio, que desde luego son independientes de los lugares de expendio de los artículos que constituyen el objeto social de la compañía.

Analizando el asunto materia del juicio y el concepto de la violación se expresa así el Tribunal en una síntesis muy bien lograda. toda vez que la demanda es en extremo extensa y abunda en citas de derecho totalmente impertinentes, que por tanto la hacen demasiado confusa:

> "La esencia del debate planteado radica en que la sociedad demandante, bajo cuya razón social se amparan las actividades comerciales de los almacenes Ley, paga el correspondiente impuesto de industria y comercio por cada uno de esos almacenes, que funcionan en distintos lugares de la ciudad de Medellín. Pero fuera de este impuesto se le afora, bajo el mismo rubro de industria y comercio, otro por las actividades desarrolladas en el local de la calle 51, distinguido en su puerta de entrada con el número 45-35, en donde funcionan las oficinas de dirección o gerencia.
>
> De este hecho (que está plenamente probado no sólo con los antecedentes administrativos de liquidación del gravamen sino con la diligencia de inspección ocular de fls. 50 y 51), deduce la demanda la ilegalidad del gravamen.

Esta ilegalidad es planteada con una profusa cita de disposiciones que se estiman violadas y por muy diversos conceptos de violación, algunos no atinentes al caso. Pero para despachar favorablemente las pretensiones de la demanda basta el análisis de uno solo de los argumentos.

En efecto, tal como se plantea en la demanda, los concejos municipales están autorizados para establecer contribuciones dentro de los límites señalados por la ley, pues carecen de soberanía tributaria propia. El artículo 1º de la Ley 97 de 1913 literal f) en relación con la Ley 84 de 1915 autoriza a tales entidades para establecer el impuesto de patentes... sobre establecimientos industriales...; sobre clubes, establecimientos y tiendas de expendio de cualquier clase. El acuerdo que grava otra actividad distinta de las industriales o comerciales excede la facultad impositiva.

La gerencia, que en el caso sub lite es la actividad gravada, no es una actividad industrial ni comercial "es una actividad profesional, un proceso administrativo de integración, planeación, control, mando y ejecución de aquellas actividades, pero no se confunde con ellas; no es posible jurídicamente tomar esa actividad como base del gravamen de industria y comercio" así lo resolvió este Tribu-
...cia que anuló precisamente las disposiciones del
...do que sirvieron de base a la liquidación del tributo en re-
...ión, fallo que fue confirmado por el Consejo de Estado en sentencia de fecha julio 12 de 1968".

El señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Antioquia aunque anotó que el llamado impuesto de gerencia había sido anulado por el Tribunal de Antioquia en sentencia que fue confirmada por el Consejo de Estado, como queda dicho, pidió sin embargo que se despacharan desfavorablemente las súplicas de la demanda con fundamento en el artículo 192 de la Constitución Nacional, según el cual los acuerdos de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por considerar quizá que cuando se realizó la operación administrativa de liquidación del impuesto reclamado aún el acuerdo no había sido anulado. Sobre este punto el Tribunal a quo hizo un breve estudio de la excepción de inconstitucionalidad. Ciertamente que el punto de vista del a quo es muy respetable pero considera la Sala que no es necesario plantear ese delicado problema para llegar, la conclusión de que los actos acusados están viciados de nulidad. En efecto:

Preceptúa el artículo 70 del Código Contencioso Administrativo: "La nulidad declarada en vía contencioso administrativa produce efecto general contra todos. Pero el restablecimiento del derecho sólo aprovechará a quien hubiere intervenido en el juicio y obtenido esta declaración en su favor".

En el campo civil la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, tiene efecto retroactivo y da a las partes el derecho para ser restablecidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En el campo administrativo la sentencia con efecto erga omnes sólo opera hacia el futuro pero esa misma providencia puede cobijar acciones de plena jurisdicción o del contencioso

de impuestos cuando, habiendo sido propuestas dentro de los términos que la ley señala para su ejercicio, la sentencia se produce con posterioridad a la anulación que se decretó en la acción de simple nulidad. Y ello por la sencilla razón de que una providencia no puede ser anulada dos veces con base en los mismos fundamentos jurídicos.

En otras palabras, si cuando va a pronunciarse una sentencia en una acción del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, o también del contencioso de impuestos, se encuentra que la disposición cuya nulidad se pide en estas acciones ya ha sido anulada como consecuencia del ejercicio del contencioso de simple nulidad, la providencia dictada en esta última acción tiene que ser lógicamente el piso jurídico de la sentencia en las primeras porque en tal hipótesis una providencia de esa naturaleza se convierte en ley no sólo de los procesos futuros sino también de todos aquellos que fueron incoados con invocación de la misma causal de nulidad, y dentro de los términos legales respectivos.

Ahora bien, es evidente que el impuesto denominado "de gerencia" que es el que se reclama en este juicio fue anulado por la Sección Cuarta de esta corporación en sentencia de 12 de julio de 1968 que confirmó la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 3 de abril de 1967; en consecuencia, la sentencia consultada está ajustada a derecho y debe confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 16 de octubre de 1969.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

SOCIEDADES DE HECHO TRANSFORMADAS.— Forma de liquidar el impuesto sobre la renta.— **Es correcto el criterio de las autoridades de impuestos al tomar como base para deducir las utilidades durante el año fiscal, el balance que tenía la sociedad de hecho en 31 de diciembre del respectivo año y no el que se presente como propio de la sociedad de derecho. Sería absurdo afirmar que la sociedad de hecho "se transformó", que no declaró renta, que el movimiento de sus cuentas se incorporó a la de derecho, pero sin embargo, tratar de comenzar una vida fiscal absolutamente nueva en la fecha en que la compañía de hecho se acomodó a derecho, olvidando que la empresa común sigue siendo la misma y que operó durante todo el año y por lo tanto la determinación de las utilidades o pérdidas debe abarcar todo ese año gravable.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

Ref.: Expediente número 1410. Actor: Almacenes Tas Ltda. Consulta de la sentencia de 13 de octubre de 1969 del Tribunal Administrativo del Valle.

En la sentencia de la referencia, enviada al Consejo de Estado para surtir el grado de consulta, el Tribunal a quo dispuso:

a) Revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta, extraordinarios y especiales, practicada por la Administración Regional de Impuestos de Cali y la División de Impuestos Nacionales a la sociedad de responsabilidad limitada "Almacenes Tas" por el año de 1963, mediante las Resoluciones números 0494 de 17 de agosto de 1967 y R-02181-H de 11 de septiembre de 1968, respectivamente por medio de las cuales se fijó a dicha sociedad como valor total de los impuestos la suma de $ 147.750.28;

b) Como consecuencia de la reliquidación practicada ordenó reintegrar a la sociedad actora la suma de $ 180.253.13 por concepto de im-

puestos, sanción por libros de contabilidad deficientemente llevados e intereses.

Hechos

Como apoderado de la sociedad "Almacenes Tas Ltda.", el doctor Federico Rojas Gómez demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle la revisión de las resoluciones citadas, en ejercicio de la acción del contencioso de impuestos y expuso para ello los hechos que se sintetizan así:

La firma demandante fue constituida por escritura número 328 de 27 de marzo de 1963, otorgada en la Notaría 1ª de Tuluá y debidamente registrada; la sociedad presentó su declaración de renta por el año de 1963 respecto al periodo comprendido entre la fecha de su constitución y el 31 de diciembre de dicho año. La oficina liquidadora de Cali al deducir los impuestos hizo las siguientes modificaciones:

a) Al elaborar el juego de inventarios para establecer la utilidad en venta de mercancías, dicha oficina cambió el inventario inicial denunciado por la compañía al abrir operaciones el 27 de marzo de 1963, por el inventario denunciado el 31 de diciembre de 1962 por la sociedad de hecho "Almacenes Tas";

b) De las deducciones solicitadas rechazó la suma de $ 96.851.32 que corresponde a sueldos, porcentajes, primas de servicio, cesantías y vacaciones pagadas a los socios Hernando Trejos y Arcesio Giraldo;

c) Impuso a la sociedad la sanción por libros de contabilidad establecida en el artículo 130 del Decreto 1651 de 1961, en cuantía de $ 9.317.81.

Interpuestos los recursos administrativos del caso sólo fueron favorables ellos en cuanto se aceptó la deducción por sueldos pagados a los socios Trejos y Giraldo en cuantía de $ 46.000.00; en lo demás la liquidación quedó intacta.

Como resultado del juego de inventarios, la sociedad denunció una renta gravable de $ 190.598.17; pero ocurre que los funcionarios liquidadores variaron el inventario inicial denunciado por la sociedad "Almacenes Tas Ltda." el 27 de marzo de 1963, en cuantía de $ 1.283.256.99, por el inventario denunciado el 31 de diciembre de 1962 con un total de $ 698.119.06 por una sociedad de hecho totalmente distinta en capital; por razón de esta operación aumentaron desde luego la renta gravable de la compañía y los demás impuestos que se le liquidaron.

Disposiciones violadas y concepto de la violación

Al modificar el inventario en la forma relacionada se violaron las siguientes disposiciones:

a) Artículo 57 del Decreto 437 de 1961 porque él sólo es aplicable a la transformación de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada y la firma demandante no nació de la transformación de dicha sociedad; b) Artículo 10 de la Ley 124 de 1937 porque la transformación a que se refiere esa norma hace relación con sociedades constituidas legalmente y no con sociedades de hecho; c) Artículo 33 del

Decreto 437 de 1961 en cuanto dicha norma se refiere a contribuyentes que existan el 31 de diciembre del año anterior y no a los que nazcan a la vida jurídica dentro del ejercicio fiscal, como es el caso de la sociedad actora; d) Por la misma causa fue violado el artículo 36 del mismo decreto; e) El artículo 465 del Código de Comercio según el cual las sociedades se constituyen mediante escritura pública registrada, norma que se violó por no haberse tenido en cuenta la fecha de constitución de la sociedad actora; f) El artículo 468 del Código de Comercio en cuanto para demostrar la existencia de Almacenes Tas Ltda., la oficina liquidadora no ha debido aceptar prueba distinta a la escritura 328 de 27 de marzo de 1963; g) El inciso c) del artículo 72 del Decreto 1651 de 1961 que presume ciertos...; "c) La cuantía y naturaleza de los costos, si se cumplen los requisitos exigidos por la ley o los reglamentos para su aceptación"; esta disposición fue violada porque las autoridades de impuestos desconocieron los costos deducidos en la declaración de renta mediante el sistema de juego de inventarios.

Sobre el rechazo de algunas deducciones solicitadas, el demandante estima que se violaron los artículos 93, 94 y 98 del Decreto 437 de 1961 por no haberse aceptado la deducción por porcentajes y primas, cesantías y vacaciones consolidadas a favor de los socios Hernando Trejos y Arcesio Giraldo y finalmente, en cuanto a la multa por omisión de partidas en los libros de contabilidad, afirma que se violó el ordinal 2º del artículo 130 del Decreto 1651 de 1961 porque la sociedad registró la totalidad de las operaciones a partir de la fecha de su constitución pero no tenía por qué registrar operaciones de la sociedad de hecho existente con anterioridad.

En esta forma la Sala ha hecho un esfuerzo de síntesis de la extensa demanda presentada por el actor, labor que no sólo es conveniente sino necesaria en los juzgadores porque es camino censurable y perjudicial para la rapidez en la administración de justicia y para el entendimiento sencillo y cabal de sus providencias el seguido por el Tribunal a quo que echa por el sendero fácil de las transcripciones totales de demandas y alegatos, procedimiento que el Consejo vería con agrado que se rectificara.

El punto medular que es preciso dirimir en este litigio consiste en saber si una sociedad de hecho que figuraba bajo la denominación de "Almacenes Tas Ltda." cuyos datos contables, que tomaron las autoridades de impuestos, realmente se transformó en la sociedad de responsabilidad limitada que también bajo la denominación de "Almacenes Tas" se constituyó mediante la escritura 328 de 27 de marzo de 1963, porque al paso que el actor sostiene que esa transformación es imposible legalmente y que la antigua sociedad de hecho nada tiene que ver con la de derecho, las autoridades de impuestos afirman que esa transformación sí se realizó, que sí es factible legalmente y que fue admitida por propia confesión del gerente de la sociedad de derecho.

En oficio de 27 de noviembre de 1964 (folio 161 cuaderno Nº 2) la Sección de Liquidación de Impuestos de Cali hizo al gerente de la sociedad actora estos dos requerimientos:

"1º Explicar la diferencia de $ 585.137.93 que se observa entre $ 1.283.256.99 que anotan como inventario inicial y $ 698.119.06

que es el inventario físico de mercancías en 31 de diciembre de 1962, con el cual han debido iniciar el juego de inventario en 1963.

2º Informar si la sociedad de hecho presentó declaración de renta hasta la fecha en que se transformó en Ltda."

El Gerente respondió así en comunicación de 2 de enero de 1965 (folios 159 y 160 mismo cuaderno):

"De común acuerdo con los socios de la sociedad de hecho Almacenes Tas resolvieron dar como liquidada la sociedad con el balance del 31 de diciembre de 1962, para formar una con mayor capital y con el mismo nombre, la cual inició operaciones para 1963 con el siguiente balance:...

"En marzo de 1963 la sociedad se transformó en Limitada sin hacer balance, con los capitales que se reinició la de hecho y aceptando dos socios más, Hernando Trejos O. y Arcesio Giraldo A. que aportaron cada uno $ 50.000.00, quedando el capital social en $ 700.000.00 y aceptando incorporar en la contabilidad de la sociedad limitada, el movimiento de cuentas en el lapso transcurrido por el respectivo año; circunstancia por la cual la sociedad de hecho no presentó declaración de renta al transformarse en limitada".

Analizando las respuestas transcritas la Administración de Impuestos Nacionales de Cali expresa que no hay duda respecto a la transformación que sufrió la sociedad de hecho que con el mismo nombre vino a convertirse en sociedad de derecho en marzo de 1963 y que por lo mismo le es aplicable lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 57 del Decreto 437 de 1961. Solidaria con el pensamiento de su subordinada la División de Impuestos Nacionales en la Resolución 03469 de 27 de diciembre de 1968 se expresa en los siguientes términos que podemos considerar como la expresión total del pensamiento de las autoridades de impuestos:

"En el presente negocio, como hemos visto, existe confesión de parte del gerente de la firma, la cual es indivisible al tenor de lo dispuesto por los artículos 609 del Código Judicial y 75 del Decreto 1651 de 1961, y como tal, el contribuyente debe entrar a demostrar las circunstancias especiales que alega por medio de su apoderado, pues es conveniente anotarle que a pesar de las juiciosas argumentaciones traídas a cuento tanto en memorial de fecha 5 de noviembre **como en sustentación del 10 de diciembre**, ambos del presente año, así como de las pruebas que en oportunidad se allegaron a los autos no se logra desvirtuar el contenido de la nota del 2 de enero de 1965, o sea, que los capitales son los mismos con los que se reinició la sociedad de hecho y que se aceptaron dos socios más, Hernando Trejos O. y Arcesio Giraldo A., que aportaron cada uno $ 50.000.00 completando un gran total de capital social por $ 700.000.00, que se aceptó incorporar en la contabilidad de la sociedad limitada, el movimiento de cuentas en el lapso en que figuró como sociedad de hecho y que la firma de hecho no presentó declaración de renta y patrimonio por el año de 1963. Ciertamente, la escritura pública distinguida con el nú-

mero 328 del 27 de marzo de 1963, extendida en la Notaría 1ª del Circuito de Tuluá, nos da la impresión de una persona que hasta ese momento nace a la vida jurídica, pero en el fondo no es otra que la misma de hecho, y de ello nos da cuenta el conjunto de cláusulas que coinciden en un todo con las expresiones del representante de la compañía, (capital, socios, etc.). En cuanto al capital de la sociedad de hecho sobre lo cual certifica el Administrador de Impuestos de Cali (para el año de 1962), no es pauta suficiente para hacer cambiar la situación contenida en el acto administrativo inicial, pues bien ha podido denunciar menor cantidad ante las oficinas de Impuestos. Se tiene un hecho cierto e incontrovertible y es el que la sociedad limitada contaba con un capital de $ 600.000.00 que venían de la de hecho, más $ 100.000.00 aportados por los socios Hernando Trejos y Arcesio Giraldo A., estas circunstancias en absoluto han cambiado, luego debe sostenerse lo hasta este momento actuado, pues se piensa por este despacho, que es bien clara la razón que asistió a la oficina liquidadora y a la de la primera instancia, para apoyarse en lo dispuesto por los artículos 36 y 37 del Decreto 437 de 1961, en la determinación de la utilidad obtenida en la venta de mercancías y al régimen impositivo a que se le sometió por lo cual, debe negarse por este aspecto la solicitud de revocatoria directa".

El Tribunal en cambio rechaza tales planteamientos porque considera que la transformación alegada por las oficinas liquidadoras es absolutamente imposible ya que para que tal fenómeno se produjese sería necesario la existencia previa de una sociedad y "La sociedad de hecho no es una persona jurídica, no existe como tal y mal puede transformarse o fusionarse con otra".

"Las resoluciones cuestionadas, como ha quedado expuesto, se basan en una "explicación" dada por los contribuyentes —que si bien puede ser cierta— carece de validez jurídica, explicación que acogida e interpretada por la Administración Nacional de Impuestos con un criterio esencialmente fiscalista, sin tener en cuenta la legalidad o ilegalidad de ella, circunstancia esta última que ha quedado plenamente establecida, pues el artículo 57 del Decreto 437 de 1961 no menciona, —como en los mencionados actos administrativos se afirma— la situación planteada, pues esta disposición sólo se refiere a las transformaciones de las sociedades legalmente constituidas, de ahí que las designa expresamente al referirse a las distintas hipótesis de transformación que pueden tener las sociedades, y mal puede entenderse incluida dentro de las posibilidades que regula la norma, la socidad de hecho, que no existe —se repite— como persona jurídica, pues a esta clase de personas es que se refiere el artículo comentado y mal puede aplicarse a quien carece de esa personería, razón por la cual, como antes se indicó, no puede transformarse".

Consideraciones del Consejo de Estado

El fenómeno de la transformación de las sociedades es frecuente y se presenta cuando un tipo de sociedad adopta dentro de la nomenclatura legal y la forma de las distintas sociedades existentes una cuya forma jurídica es diferente de la anterior pero conservando en esencia las mismas características de la transformada hasta el punto de que

puede afirmarse que en ambas existe la unidad en razón de que también se presenta la identidad del objeto social, la existencia de los mismos factores que formaron la anterior, a lo sumo ligeramente ampliados, la continuación de la empresa y la subsistencia del mismo patrimonio; la situación comercial creada por la antigua continúa, los compromisos pendientes se siguen atendiendo y esto no por un simple fenómeno de transmisión o sucesión, como anotan los autores, sino por una verdadera continuidad jurídica; por eso también sostiene la doctrina que cuando opera tal fenómeno no puede hablarse de antigua y de nueva sociedad sino de la antigua o de la nueva forma de la misma sociedad.

Refiriéndose a este fenómeno dice el tratadista José Gabino Pinzón en su obra "Derecho comercial" volumen II, página 480:

> "La transformación constituye, pues, un simple cambio de forma en la organización legal de la sociedad. La palabra misma que se utiliza para denominar el fenómeno indica claramente que se trata de un simple tránsito de una forma a otra, que supone o deja subsistente la entidad que abandona una forma anterior para adoptar una nueva. "La transformación representa —como dice Garrigues— un mero cambio de vestidura jurídica, una simple modificación externa de la sociedad que no afecta a su esencia, ni a su personalidad jurídica. De la misma manera que las personas físicas cambian de traje cuando éste se adapta mal al cuerpo, así también las sociedades cambian de forma cuando la elegida primeramente resulta estrecha ante las proporciones adquiridas por el negocio o no se adapta ya al nuevo objeto social". Lo cual quiere decir que lo que se afecta con la transformación es exclusivamente el contrato social, pues es en éste en el que se consignan las reglas que adoptan los asociados para regular sus relaciones entre sí, con la persona jurídica y con los terceros. No es la persona jurídica la que se afecta, porque su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones subsiste en su integridad; ni es la empresa social, porque no se trata de cambiar el género de negocios; ni es el patrimonio social, porque el activo y el pasivo de la sociedad han de continuar inalterados, al igual que su capacidad y que la empresa social. Si, por ejemplo, se transforma una sociedad anónima en una de responsabilidad limitada, es la misma sociedad —la misma persona jurídica, con la misma empresa social y con el mismo patrimonio— la que continúa desarrollando como limitada los negocios que venía ejecutando como anónima. Exactamente como cuando se introduce un cambio del domicilio social o de la duración de la sociedad. Porque, como se ha entendido el fenómeno entre los expositores y como se lo califica expresamente en la legislación vigente en el país, la transformación sólo implica una reforma del contrato social".

A este pensamiento hay que glosarle el que no es exacto que al transformarse la sociedad deba continuar con el mismo capital y aun con los mismos socios, pues bien puede presentarse una ampliación en ambos sentidos y mantenerse intacta la identidad de la sociedad por la continuidad de unos mismos objetivos.

El Tribunal, en un todo de acuerdo con el demandante, considera que no es posible la transformación de una sociedad de hecho en una

de derecho porque tal sociedad no existe y por ende carece de personería jurídica y porque el inciso 3º del artículo 57 del Decreto 437 de 1961, invocado por la Administración de Impuestos de Cali y el artículo 10 del Decreto 124 de 1937, sobre compañías de responsabilidad limitada, se refieren exclusivamente a la transformación de sociedades de derecho.

Pero acontece que tanto el Tribunal como el actor, bajo el pretexto errado de negarle todo efecto en el campo jurídico a la sociedad de hecho, confunden el fenómeno de la transformación que sí es propio de las sociedades de derecho, con el simple acomodo a las formalidades legales propias de una sociedad regular o de derecho, que puede ser efectuada válidamente en cualquier tiempo por quienes obraban como socios de hecho para dotar así de personería jurídica propia e independiente a su empresa común.

En efecto, larga, bien elaborada y por demás reiterada ha sido la teoría sobre la existencia de las sociedades de hecho que nuestra jurisprudencia civil desde su más alto tribunal ha aceptado, en forma tal que resulta hoy ciertamente insólito desconocer esa realidad jurídica nacida por la manera como los hechos van golpeando ante el derecho en forma tal que lo obligan a plegarse a sus realidades.

Dos tipos de sociedades deben distinguirse entre las que se forman de hecho: las que no obstante un consentimiento expresamente manifestado en todos los pormenores que tienden a la constitución de una sociedad, han omitido sin embargo una o varias de las solemnidades que la ley exige para su formación: son las llamadas sociedades de hecho por derivación o por "degeneración"; y aquellas que en virtud de un consentimiento tácito se han creado sin que sus socios hayan pensado amoldarse a los cauces jurídicos: son las que se conocen con el nombre de "sociedades creadas de hecho o por los hechos".

Frente al problema que nos ocupa no precisa hacer el estudio de las sociedades de hecho por derivación: tan sólo nos detendremos con la brevedad deseable a la segunda categoría, que es la que tenían formada los socios de hecho que la regularizaron después con el nombre de "Almacenes Tas Ltda." Decíamos que estas sociedades de hecho son aquéllas que se forman por virtud de la colaboración de varias personas en un mismo negocio y como resultado de un consentimiento tácito que se deduce de los mismos hechos. Pero como son verdaderos contratos de sociedad, aunque informales, es obvio que ellas deben reunir los requisitos intrínsecos que son de la esencia de aquel contrato porque la ausencia de uno cualquiera de tales requisitos hace degenerar el contrato en otro distinto, o bien destruye toda noción de convención para dar paso a situaciones que, como la comunidad, la indivisión etc., son sustancialmente distintas de una sociedad; esos requisitos son: a) Dos o más personas; b) Aportes: c) Fondo común; d) Vocación eventual a las ganancias o a las pérdidas; e) Objeto social, en el sentido de fin; f) Animo de asociarse, que los autores llaman "efectio societatis".

La jurisprudencia colombiana especialmente de la Corte Suprema, ha señalado otras condiciones o requisitos que se consideran necesarios para la existencia de una sociedad de hecho y que, por lo demás son simples consecuencias de los requisitos de fondo: 1º Que se trate de

una serie coordinada de hechos de explotación común. 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los asociados, tendiente a la consecución de beneficios. 3º Que la colaboración entre los asociados se desarrolle en un pie de igualdad. 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, tenencia, guarda de bienes comunes u otros semejantes.

Un fenómeno frecuente es el de que habiendo subsistido por un tiempo una sociedad de hecho, se decida regularizarla, constituyéndola como una sociedad de derecho mediante el lleno de los requisitos que el Código de Comercio ha establecido para ese fin, pero conservando los mismos caracteres iniciales, variando simplemente algunas cuestiones adjetivas como el aumento del capital, la incorporación de uno o varios socios etc. Otras veces la sociedad creada de hecho cumple un ciclo largo sin llegar a acomodarse a derecho nunca, hasta que llega el momento en que sus socios, de común acuerdo o por intervención de la autoridad jurisdiccional, la disuelven y liquidan.

En cuanto hace relación a la prueba de la existencia de sociedades de hecho, es necesario, ante todo, recordar la división entre las llamadas por derivación o degeneradas y las creadas de hecho o por los hechos.

La prueba de las sociedades de la primera clase se facilita enormemente puesto que en ellas existe una constancia escrita: se ha redactado una minuta, se ha otorgado una escritura o algo semejante; y basta por lo tanto presentar esa escritura social o documento y la prueba de que dejaron de cumplirse uno o varios de los requisitos que la ley exige para la validez del acto, para que quede hecha esa comprobación.

Si se trata de las segundas, es decir, de las nacidas o formadas de facto, la prueba se dificulta un poco más: en éstas el fin que tiene el proceso probatorio es indagar la existencia de un consentimiento implícito que se deduce de los hechos y de la manera como se han comportado los socios. En esta clase de sociedades la demostración de los hechos que las constituyen puede hacerse por todos los medios probatorios que consagra nuestro derecho: confesión, juramento, prueba literal, indicios, principio de prueba por escrito complementado con declaración de testigos, libros de comercio etc. Generalmente no es suficiente una sola sino que es necesario la combinación de varias pruebas para llegar al verdadero convencimiento sobre la existencia de la sociedad de hecho.

Hemos elaborado un ligero esbozo de las sociedades de hecho, porque el estudio a fondo de los graves problemas que ellas entrañan no es necesario en esta sentencia, simplemente se ha analizado lo básico para enfrentarlo al criterio que insistentemente se plantea en la demanda y en la misma sentencia sobre la inexistencia de tales sociedades y su imposibilidad de conversión en sociedades de derecho. Ya se vio cómo la ley no impide que una sociedad de hecho se regularice y se convierta en una de derecho porque un criterio de esa naturaleza sería limitativo del querer mismo del legislador; al contrario, es frecuente y no objetable jurídicamente, el que una sociedad de hecho se adapte a la ley y tome personalidad jurídica propia aprovechando la totalidad o por lo menos la mayoría de los elementos existentes en aquélla.

En el caso que nos ocupa tenemos la confesión clara, precisa y convincente del gerente de la sociedad de derecho quien, como ya se vio, al responder al requerimiento de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali manifestó que los socios de la sociedad de hecho Almacenes Tas resolvieron liquidarla para formar una con mayor capital y con el mismo nombre; que en marzo de 1963 la sociedad "se transformó en limitada" sin hacer balance, con los capitales que se reinició (sic) recibiendo dos socios más "y aceptando incorporar en la contabilidad de la sociedad limitada, el movimiento de cuenta en el lapso transcurrido por el respectivo año; circunstancia por la cual la sociedad de hecho no presentó declaración de renta al transformarse en limitada".

No importa para el caso establecer con qué características venía operando la sociedad de hecho. La verdad es que, como se deduce de la confesión citada y de las pruebas que encontraron en la contabilidad las autoridades de impuestos, al crearse la sociedad de derecho sólo se operó un acomodo a la ley de la situación de hecho anterior, pues siguió funcionando la misma empresa anterior. Por ello fue acertado el criterio de dichas autoridades al tomar como base para deducir las utilidades durante el año fiscal, el balance que tenía la sociedad de hecho en 31 de diciembre de 1962 y no el que presentaron como propio de la sociedad de derecho, pues con la tesis opuesta se pretendía desconocer artificiosamente una situación anterior que no se liquidó, que no declaró renta, y que simplemente se prolongó por los cauces legales al constituirse la sociedad regular. Entonces sería absurdo afirmar, como lo hace la demandante, que la sociedad de hecho "se transformó", que no declaró renta, que el movimiento de sus cuentas se incorporó a la de derecho, pero sin embargo, tratar de comenzar una vida fiscal absolutamente nueva en la fecha en que la compañía de hecho, se acomodó a derecho, olvidando que la empresa común sigue siendo la misma y que operó durante todo el año de 1963 y, por lo tanto la determinación de la utilidad o pérdida debía abarcar todo ese año gravable, es decir, exigir la comparación de los inventarios hechos en diciembre de 1962 y en diciembre de 1963.

Es bueno advertir para refutar la tesis del Tribunal, cuando dice que en el procedimiento administrativo no existe precepto alguno sobre la materia en la cuestión probatoria, que tal afirmación en el aspecto tributario desconoce las normas dadas sobre pruebas en el capítulo II del título IV del Decreto 1651 de 1961 uno de cuyos artículos, el 73, refiriéndose a la prueba de confesión expresa: "La manifestación que se hace mediante escrito dirigido a las oficinas de impuestos por el contribuyente legalmente capaz, en el cual se informe la existencia de un hecho físicamente posible que perjudique al contribuyente, constituye plena prueba contra éste.

Contra esta clase de confesión sólo es admisible la prueba de error o fuerza sufridos por el confesante, dolo de un tercero o falsedad material del escrito contentivo de ella".

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a la conclusión de que no fueron violadas las normas invocadas por el actor como fundamento de la acción propuesta; tampoco podían aceptarse las deducciones por prestaciones sociales porque el contribuyente no cumplió en forma cabal los requisitos exigidos principalmente por el inciso 2º

del artículo 98 del Decreto 437 de 1961; en cuanto a la multa, es legal porque en los libros de la sociedad se incurrió en la omisión prevista en el ordinal 2º del artículo 130 del Decreto 1651 de 1961.

De lo dicho se deduce que la sentencia consultada no se ajusta a derecho y por ello debe revocarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Se revoca la sentencia consultada de que se ha hecho mérito.

En su lugar, **resuelve:**

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 11 de diciembre de 1969.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

TITULO VI

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO UNICO

EXCEPCIONES

EXCEPCIONES

I. **RECONOCIMIENTOS.**— No son susceptibles de recursos **Cuando un tesorero produce un acto de esta naturaleza se limita simplemente a tomar o confrontar de los respectivos libros las partidas que allí aparecen a cargo de los contribuyentes derivadas de actos administrativos preexistentes que son precisamente aquellos por medio de los cuales se distribuye el impuesto. No es necesario un esfuerzo especial para concluir que una partida de contabilidad no tiene recursos administrativos de ninguna clase.**

II. **ENTIDADES OFICIALES.— El mero hecho de unos aportes de entidades de derecho público no le da a una sociedad un carácter oficial en forma de que pueda afirmarse sin una prueba pertinente que sus bienes tienen el carácter de propiedades públicas porque bien puede tratarse de empresas industriales y comerciales del Estado que como tales están regidas por normas de derecho privado.**

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., septiembre seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Consejero ponente: **Doctor Hernando Gómez Mejía**).

Ref.: Expediente número 1200. Jurisdicción coactiva. Actor: Tesorería Municipal de Paipa contra "Electrificadora de Boyacá S. A."

La Tesorería Municipal de Paipa produjo el 19 de agosto de 1967 (folio 6) un reconocimiento a favor de dicho municipio y a cargo de Electrificadora de Boyacá S. A., por la suma de $ 874.152.72 por concepto de impuesto predial del inmueble número 5506, ubicado en las veredas de Sátiva y Rioarriba; allí se agrega que los intereses de mora ascienden a la cantidad de $ 29.560.72.

Al notificársele el mandamiento de pago al Gerente de la sociedad doctor Jaime González Zuleta dijo entre otras cosas lo siguiente:

"Que agotada como está la vía gubernativa, iniciará las acciones correspondientes ante lo contencioso administrativo, por ser esta la única jurisdicción competente para ventilar y desatar la materia controvertida en derecho. Que, por ser la Electrificadora de Boyacá una entidad de derecho público, desconoce la fuente legal de la obligación que se le trata de imponer por con-

cepto del impuesto predial que reclama el municipio de Paipa; que no tiene inconveniente por ser de público conocimiento, en declarar que son, entre otros, bienes de propiedad de la empresa, las plantas Termo Paipa, Termo Tunja, cuentas bancarias situadas en los bancos de esta ciudad y vehículos automotores que constituyen el material rodante de la Electrificadora y que, en fin, la única jurisdicción que reconoce como competente en este caso, es la de lo contencioso administrativo, ante la cual la Electrificadora de Boyacá S. A., dentro de los términos establecidos por los artículos 271, 272 y concordantes del Código Contencioso Administrativo, adelantará las acciones consiguientes, por haber agotado ya la vía gubernativa".

En memorial de 9 de enero de 1968, el doctor Guillermo Hurtado Pinzón, en su carácter de apoderado de la sociedad demandada, propuso las excepciones de nulidad del título ejecutivo e inexistencia de la obligación. Tramitado legalmente el incidente durante el cual el actor aportó algunas pruebas a las cuales se hará mención oportuna, el Tribunal Administrativo de Boyacá. en sentencia de 27 de marzo del presente año declaró no probadas las excepciones. Contra esta providencia se interpuso recurso de apelación que procede a decidirse previas las consideraciones que se expresan en seguida:

Primera excepción

Nulidad del título ejecutivo

Se hace consistir en que contra la Resolución número 1 de 19 de agosto de 1967, por medio de la cual la Tesorería de Paipa determinó un crédito a favor del municipio y a cargo de la sociedad se interpuso oportunamente el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación. En providencia de 26 de agosto de 1967 la Tesorería negó la reposición y no accedió a conceder la apelación. Invoca el Decreto 2733 de 1959 para afirmar que en los asuntos municipales se aplica el mismo procedimiento que en lo nacional y que en el orden municipal las apelaciones se surten ante el Alcalde y agrega: "Y en la peor de las hipótesis, si a pesar de lo dicho, en el presente caso no fuera el Alcalde el superior jerárquico del Tesorero para los efectos de la apelación, lo sería entonces el Consejo de Gobierno Municipal, de que tratan los artículos 421, 422 y 423 del Código Fiscal de Boyacá, entidad ésta ante la cual debería surtirse la alzada".

Se considera

El recurso de reposición, con razones jurídicamente aceptables o no, sí fue estudiado por el Tesorero; que hubiera estado desacertado en sus conceptos por haber echado por vía distinta a la pretendida por el recurrente no implica negativa a su estudio: además, tal recurso no es necesario para el agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto al recurso de apelación no era procedente en este caso, porque si es verdad que el artículo decimonoveno del Decreto 2733 de 1959 establece que ante el Alcalde se surtirán las apelaciones de los funcionarios del orden municipal, hay que entender esa disposición ob-

viamente en el sentido de que se trata de aquellos funcionarios que jerárquicamente dependen de dicho funcionario, es decir, de los que sean sus subordinados y el Tesorero no lo es porque su nombramiento se hace por los concejos.

Invoca también el excepcionante las disposiciones del Código Fiscal de Boyacá según las cuales el Consejo de Gobierno Municipal es el competente para conocer de la apelación; el Tribunal en su sentencia niega tal atribución que ahora no puede ser confrontada por no estar probado en los autos dicho estatuto que por no tener carácter de ordenamiento jurídico nacional debe traérse oportunamente a los autos.

Mas si esto fuera poco, es bueno agregar que un reconocimiento de esta naturaleza no es propiamente susceptible de ningún recurso. En efecto: cuando un Tesorero produce un acto de esta naturaleza se limita simplemente a tomar o confrontar de los respectivos libros las partidas que allí aparecen a cargo de los contribuyentes derivadas de actos administrativos preexistentes que son precisamente aquellos por medio de los cuales se distribuye el impuesto. No es necesario un esfuerzo especial para concluir que una partida de contabilidad no tiene recursos administrativos de ninguna clase.

Esta excepción no prospera.

Segunda excepción

Inexistencia de la obligación

Sobre ella dice el excepcionante:

"La sociedad que represento es una sociedad anónima de carácter oficial ya que su capital suscrito y pagado ha sido aportado en su totalidad por entidades de derecho público, como son la nación a travez (sic) del Instituto de Fomento Eléctrico —establecimiento público éste del orden nacional—, el departamento de Boyacá y municipios de este mismo, sin la concurrencia en absoluto de un solo accionista de carácter particular. Su finalidad es la prestación de un clásico servicio público, como es la prestación de electrificación urbana y rural, mediante la producción, conducción y suministro de flúido eléctrico, sin ningún ánimo de...

Lo anterior y demás que sea conducente, lo acreditaré, dentro del término probatorio del incidente de excepciones, ante el Tribunal Administrativo de Tunja".

Pues bien, la única prueba aportada para demostrar la naturaleza jurídica de la sociedad en cuestión, consiste en dos certificados del Revisor Fiscal de la Contraloría General de la República ante la Electrificadora de Boyacá S. A. según el cual el capital de la misma está constituido así:

Nación	$ 18.008.440.00
Departamento de Boyacá	3.282.180.00
Municipios	3.269.250.00
Total del capital	$ 24.559.870.00

Lo único que de esos datos se deduce es el aporte que unas entidades de derecho público han hecho a la empresa Electrificadora de Boyacá, pero de ellos no puede deducirse en forma alguna la estructura, la clase de sociedad, sus finalidades, si realmente se trata de un establecimiento o empresa de derecho público o de una sociedad comercial o industrial de las mismas entidades cuyo capital aparece aportado.

Según lo establece el inciso 1º del artículo 465 del Código de Comercio la sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil; sin embargo, la existencia legal de la misma puede acreditarse con certificado de la Cámara de Comercio; al efecto dice el artículo 40 de la Ley 28 de 1931 lo siguiente:

"Para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de esta, en que consten el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales que exige para los extractos de que tratan los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara".

El mero hecho de unos aportes de entidades de derecho público no le da a una sociedad un carácter oficial en forma de que pueda afirmarse sin una prueba pertinente que sus bienes tienen el carácter de propiedades públicas porque bien puede tratarse de empresas industriales y comerciales del Estado que como tales están regidas por normas de derecho privado. Antes de la expedición de los Decretos 1050 de 1968 y 3130 del mismo año era frecuente la confusión entre establecimientos públicos descentralizados, sociedades oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado. Para liquidar tal confusión se dictaron precisamente tales estatutos cuyos artículos pertinentes dicen lo siguiente:

"DECRETO Nº 1050 DE 1968

Artículo 5º **De los establecimientos públicos.** Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa; y

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

Artículo 6º **De las empresas industriales y comerciales del Estado.** Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial

conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa; y

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

El Decreto 3130 de 1968 en su artículo 31 preceptúa: "**De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta.** Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

Como las definiciones y distinciones de los decretos citados no establecen una diferencia desde el punto de vista doctrinario, que existe pero que no se esbozó en los decretos con la debida técnica y nitidez, es bueno agregar que quizá la característica, el punto de sustancial diferenciación entre los establecimientos públicos y las empresas comerciales e industriales del Estado es la finalidad que persiguen, su objeto determinante. Si la finalidad propia y específica de tales entes es el servicio público y a él están dirigidas todas sus actividades, la empresa será de servicio público, en cambio si el objetivo, si la finalidad, si el móvil determinante no es el servicio público sino el medio que utilizan los entes públicos para proveerse de bienes fiscales en actividades que no reúnen ninguna de las características que tienen las actuaciones del servicio público, nos encontramos entonces con empresas industriales y comerciales del Estado, regidas por el derecho privado y que no tienen ni pueden tener los privilegios de las empresas de servicio público.

Sobre esta distinción parece conveniente citar la parte final de las conclusiones a que llega el tratadista español Fernando Garrido Falla en su obra "Tratado de derecho administrativo", volumen II, páginas 324 a 327:

"1ª De la total actividad prestadora realizada por el Estado hay una parte de ella —la más importante desde luego— que ha sido asumida como competencia propia por razones inmediatamente derivadas del interés público, es decir, porque con tal actividad se satisface directamente una necesidad de carácter público. Es en esta hipótesis cuando nos encontramos con la actividad de servicio público, siendo indiferente que la actividad en cuestión consista en "proporcionar un servicio" o en una "dación de bienes al mercado" (30) a través de las llamadas empresas públicas (31).

2ª Hay otra parte de la actividad administrativa, que se desarrolla cabalmente en el sector industrial y mercantil, que no es asumida por el Estado por razón de servicio público, sino por consideraciones de tipo fiscal o financiero; es decir, por considerar que

de esta forma se dota al Estado (o a otra administración pública, en su caso) de una fuente de ingresos importante y segura. Es el caso de los llamados monopolios fiscales (petróleo, tabaco, cerillas...). Si consideramos la pertenencia a la administración de estas explotaciones (y lo mismo podría decirse en el caso de explotaciones agrícolas o rentas de propiedades urbanas) comprenderemos que no estamos ahora ante una actividad de servicio público, sino de explotación del propio patrimonio (32).

3ª Al no coincidir el ámbito de aplicación del concepto material de servicio público con la diferencia de los regímenes jurídicos de gestión, nos vamos a encontrar con una actividad de servicio público sometida al derecho público, junto a actividad, también, de interés público sometida a régimen privado. Ya la doctrina clásica había advertido esta posibilidad (33), pero ha sido recientemente cuando el fenómeno ha dado lugar a meditaciones específicas sobre el tema (34).

4ª Referido al conjunto de la actividad estatal, el servicio público se caracteriza entonces: a) Frente a la "función pública" porque el servicio consiste sustancialmente en una actividad técnica (35), prestadora y asistencial (36); b) Frente a la actividad administrativa patrimonial, que deriva del simple hecho de la inclusión en el patrimonio del Estado de unos bienes, industriales o no, el servicio público resulta ser una competencia asumida por la administración con carácter necesario, es decir, por exigencias del interés público (37)".

Tenemos entonces que sin las pruebas a que ya se hizo alusión no es posible determinar como afirma el excepcionante que la sociedad cuya estructura, características y finalidades se desconocen es una sociedad de carácter oficial o una empresa industrial del Estado. **Es muy frecuente que las empresas industriales y comerciales del Estado celebren contratos que se rigen por las normas del derecho civil** y que no tiene ninguno de los privilegios que caracterizan los contratos administrativos, ni sus bienes están amparados por exenciones especiales creadas a favor de los bienes de las entidades de derecho público, como ya se anotó.

Como conclusión de todo lo dicho tenemos que la falta de prueba sobre la existencia de la sociedad hace imposible a esta jurisdicción determinar si los bienes de la Electrificadora de Boyacá S. A., están amparados con la exención del impuesto predial alegada por el excepcionante; aparte de que frente a las disposiciones de la Ley 29 de 1963, hay por lo menos la duda de si las exenciones existentes con anterioridad a ella tienen vigencia actual o deben ser ahora renovadas o concedidas por los concejos.

En consecuencia, esta excepción tampoco prospera.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 28 de agosto de 1969.

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

Angel M. Camacho Ramírez, Secretario.

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

1. ACUERDOS MUNICIPALES.

Páginas

Obligación de citar la norma que ha conferido la facultad de dictar el acto.— No es meramente irregularidad omitir la cita precisa de la disposición facultativa, sino quebrantamiento de norma superiormente jerárquica, imperativa, clara, ineludible que precisamente se inspira en la garantía a los derechos de los propios municipios y de los intereses particulares que puedan afectarse con el acto. Además, no es dable afirmar que el Decreto 49 de 1932, presuntamente violado a juicio del a quo, pero ostensiblemente violado a juicio de la Sala, "es inaplicable por exceso en la potestad reglamentaria", porque para llegar a conclusión semejante, precisaría apoyarse en decisión ejecutoriada de tribunal competente que así lo hubiera establecido en juicio sobre la materia. El artículo 11 conserva la plenitud de su vigencia y su observancia, por lo tanto, es obligatoria. (Sentencia de 11 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: John Quijano. Apelación de la sentencia de 14 de diciembre de 1966 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de nulidad del acuerdo Nº 2 de 1965, expedido por el Concejo Municipal de Bello). (Ver Nº 97 del índice) 349

2. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957 no les está permitido realizar operaciones distintas de las que sean inherentes al depósito mismo y a la conservación de las especies o géneros recibidos, sobre las mercancías que les han sido confiadas por los clientes, ni aun con el consentimiento de éstos. De acuerdo con esta tesis, comparándola con el texto del artículo 1º del Decreto 402 de 1969 encuentra la Sala que sólo pueden suspenderse ciertas locuciones que implican prima facie un desbordamiento de la potestad reglamentaria, dejando sin suspender las que puedan relacionarse con las obligaciones y deberes del depositario, respecto a las cuales sea menester un análisis interpretativo, que no cabe en un auto de suspensión provisional. (Auto de 13 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Acción de nulidad del artículo 1º y su parágrafo del Decreto 402 de 1969. Actor: Federación de Industriales del Arroz) 288

3. ALMACENES GENERALES.

Páginas

Su evolución y desarrollo.—Objeto.— La expansión del comercio, propia de la época moderna, hizo necesaria la aparición de nuevas fórmulas jurídicas, nuevas organizaciones económicas y nuevos medios de transporte, tendientes todos ellos a facilitar la producción y transformación de mercancías y las posibilidades de crédito garantizado con aquéllas. Una de estas organizaciones jurídicas y económicas fue la de los Almacenes Generales de Depósito, cuyo papel no es el de simple depositario de bienes ajenos, sino que además de custodiarlos con absoluta seguridad y seriedad, permite movilizarlos en el mercado mediante el endoso de los documentos expedidos por él, donde consten las características de la mercancía y el hecho de haberse depositado en el Almacén. Los Almacenes Generales de Depósito funcionan ya de vieja data en todo el mundo, aunque con distintas modalidades en cuanto a su organización, régimen legal y operaciones autorizadas. En algunos países operan bajo la dependencia directa del Estado, en otros, por la simple iniciativa particular, unas veces intervenidos estatalmente y otras apenas sujetos a la inspección y vigilancia oficiales. En algunos países sólo expiden un certificado de depósito, que permite enajenar o gravar la mercancía que representa. En otros se permite la expedición de certificados parciales que representan cuotas distintas de las mercancías depositadas. Y en otros, por fin, expiden a la vez un certificado de depósito, que acredita la propiedad de las mercancías llevadas al Almacén, y un bono de prenda, que permite gravarlas para garantizar un préstamo. Difiere también de país a país el alcance de las operaciones que pueden realizar los Almacenes. En muchos casi es la regla general, sólo pueden recibir mercancías en depósito, sea en género o en especie, y realizar las operaciones necesarias para mantenerlas en buen estado de conservación. Y en algunos también pueden encargarse de la transformación de las mercancías depositadas, pero sin variar esencialmente su naturaleza. (Sentencia de 31 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: ALMAVIVA, en acción de plena jurisdicción contra varios actos de la Superintendencia Bancaria). (Ver Nos. 4 y 74 del índice) 172

4. ALMACENES GENERALES.

Su régimen en la legislación colombiana.— Funciones.— Prohibiciones.— En Colombia, la Ley 20 de 1921 y el Decreto reglamentario 1821 de 1929 establecieron el régimen de los Almacenes Generales de Depósito, régimen que con algunas modificaciones posteriores, la principal de ellas contenida en el Decreto legislativo 356 de 1957, aún permanece vigente. De acuerdo con este régimen, los Almacenes deben constituirse como sociedades por acciones, con las formalidades exigidas para la formación de los establecimientos bancarios y capital mínimo de un millón de pesos. Los bancos pueden poseer acciones en estas empresas hasta el equivalente del diez por ciento de su capital y reserva legal. Sus actividades, lo mismo que las bancarias, están sujetas a la inspección y vigilancia de la superintendencia del ramo y les son aplicables las leyes sobre bancos en cuanto no sean contrarias a la naturaleza especial de los Almacenes

Páginas

y a su estatuto legal específico. Y en lo que atañe al giro concreto de las actividades de los Almacenes de Depósito, el artículo 1º de la Ley 20 les atribuía como objeto principal el depósito, conservación y custodia de mercancías y, en casos especiales, la venta de las mismas. Ello daba a entender en forma implícita la posibilidad de que los Almacenes realizaran otras actividades complementarias de su objeto principal, determinado por la ley, tales como la limpieza, procesamiento y preparación de productos agrícolas, con la aquiescencia del depositante o del tenedor del certificado de depósito, para llevarlos luego este último al consumo. Pero el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957, que modificó la norma ya comentada, les señaló a los Almacenes, ya como objeto específico e inequívoco, "el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y productos de procedencia nacional o extranjera", con facultad para expedir certificados de depósito y bonos de prenda, tal como la autorizaba también el artículo 1º de la Ley 20. Lo dispuesto por esta norma del decreto descarta pues hoy en día la posibilidad de que por vía de interpretación llegue a entenderse que los Almacenes estén autorizados para realizar operaciones distintas de las que sean inherentes al depósito mismo y a la conservación de las especies o géneros recibidos, sobre las mercancías que les hayan sido confiadas por los clientes, así sea con el consentimiento expreso de los mismos y se trate de simples labores complementarias del mero almacenamiento y aún útiles para facilitar la posterior enajenación de lo depositado. No puede pues remitirse a duda, frente a dicho texto legal, que ni en tratándose del depósito de especies ciertas, ni en el de géneros y ni siquiera en el de mercancías en proceso de transformación, les está permitido a los Almacenes ejecutar trabajos encaminados a mejorar los bienes recibidos del cliente, sea para hacerlos aptos al consumo o al uso que en el futuro les corresponda, para transformarlos sin variar esencialmente su naturaleza o para convertir en productos distintos las materias primas depositadas. Les incumbe apenas a los Almacenes las obligaciones que la ley o el contrato, en su caso, le atribuyan al depositario remunerado y su responsabilidad generalmente es la que determina el artículo 8º del Decreto legislativo 356, ya citado, con la circunstancia de que el riesgo de incendio debe ampararse siempre con una póliza de seguro, porque así lo ordena el artículo 9º del decreto, pues en cuanto a los demás riesgos posibles, queda a opción del depositante asegurarlos o no. (Sentencia de 31 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: ALMAVIVA, en acción de plena jurisdicción contra varios actos de la Superintendencia Bancaria). (Ver Nos. 3 y 74 del índice) 172

5. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.

Tienen facultad de fijar sueldos y decretar prestaciones a sus empleados.— Las asambleas, cuerpos de creación constitucional, están dotadas por virtud de la misma Carta, de autonomía para el manejo de los fondos departamentales no sujeta a condiciones distintas de los límites que ella misma señala o la ley les impone. Una de sus funciones constitucionales es la de expedir anualmente el presupues-

Páginas

to de rentas y gastos del departamento cuyos bienes y rentas son de su propiedad exclusiva. Los departamentos tienen por virtud constitucional independencia para la administración de los asuntos seccionales. Las asambleas tienen, pues, facultad para distribuir su presupuesto mientras con ello no violen normas superiores. Pueden (Art. 97, Num. 25 del C. de R. P. y M.) fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del tesoro de la sección, lo que indica que tienen igualmente facultad para decretar prestaciones a sus empleados por razón de los servicios que cumplen. La prima de Navidad que la ordenanza 120 de 1967, de la Asamblea de Santander estableció para ellos, es una prestación y ninguna norma superior se opone a su establecimiento. No ve la Sala en dónde exista la desviación de las atribuciones con que la demanda tacha este acto, ni el quebrantamiento del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal que se alega. (Sentencia de 30 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Carlos Obregón. Apelación de la sentencia de 26 de junio de 1968, del Tribunal Administrativo de Santander, nulidad de la ordenanza Nº 120 de 1967, de la Asamblea de Santander) 321

6. ASCENSOS.

Requisitos.— El Ministerio de Defensa no puede decretar un ascenso sino en los casos previstos por la ley y cuando el interesado ha cumplido, estrictamente, todos los requisitos que la ley misma exige. Si falta un requisito, el ascenso no puede producirse, aun que ello se deba a un error del interesado, o inclusive a un error del Ministerio, pues es claro que nadie puede llegar a un grado superior cuando le faltan determinados cursos o requisitos de cualquier naturaleza. Debe la Sala poner de relieve que, según los artículos 34 y 35 de la Ley 126 de 1959, para ascender a los grados de capitán y de mayor o su equivalente en la Armada, se requiere, además de las condiciones establecidas en el presente estatuto, hacer y aprobar el curso básico de capacitación respectivo. De esta manera, si el interesado, por uno u otro motivo, no ha hecho y aprobado ese curso especial, de capacitación, no puede ser ascendido al grado siguiente. La circunstancia de que, por error, el demandante haya adelantado y aprobado un curso diferente, no puede darle derecho alguno para aspirar a ese grado, al cual sólo puede llegarse, como dice la norma, cuando se han cumplido las condiciones establecidas en la Ley 126 y se ha hecho y aprobado el curso de capacitación respectivo. (Sentencia de 3 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín. Actor: Guillermo Sarmiento, en acción de plena jurisdicción contra algunos actos del Ministerio de Defensa) 118

7. ASIGNACIONES DE LOS CONGRESISTAS.

Es nulo el Decreto 052 del 23 de enero de 1969, por el cual se reglamentó la Ley 83 de 1968, puesto que la Constitución ha dado facultad privativa al legislador para determinar el sueldo y los gastos de

Páginas

representación que devengarán los miembros del Congreso, y es a los presidentes de las cámaras y de las diferentes comisiones a quienes se ha impuesto la obligación de convocar en caso de faltas temporales o absolutas de los miembros del Congreso, a los respectivos suplentes, "siguiendo el orden de colocación de sus nombres en las correspondientes listas electorales". (Sentencia de 4 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao. Salvedad de voto del doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: César Castro Perdomo, en acción de nulidad del Decreto 052 de 1969). (Ver Nº 8 del índice) ... 98

8. ASIGNACIONES DE LOS CONGRESISTAS.

Facultad del Gobierno para reglamentar la forma de pago.— No es exacto que el Gobierno carezca de facultad legal para reglamentar la forma de pago de las dietas de los congresistas y que sólo el Congreso puede hacerlo por disposición de la Carta constitucional. Su artículo 120 en el numeral 3º comprende todas las leyes, sin excluir ninguna, y ni del artículo 36 del acto legislativo Nº 1 de 1968, ni de disposición alguna de la Constitución se desprende que única y exclusivamente el Congreso pueda reglamentar la forma de cubrir a los congresistas los emolumentos fijados por la ley. De la potestad reglamentaria no puede excluirse ley alguna; y solamente por sustracción de materia escaparán a la reglamentación aquellas leyes en donde no se encuentren vacíos que llenar y en donde estén previstos todos los elementos indispensables para su ejecución, de tal manera que no haya ordenamiento susceptible de ser reglamentado para su cumplida ejecución. (Salvedad de voto del doctor Enrique Acero Pimentel a la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1969, de la que fue ponente el doctor Alfonso Arango Henao). (Ver Nº 7 del índice) ... 98

9. ASISTENCIA PUBLICA.

Servicio de droguerías.— El artículo 19 de la Constitución se refiere a la prestación de la asistencia a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. Es la asistencia gratuita (hospitales, médicos, asilos, etc.) no el negocio de abrir para vender con utilidades. Pero, además, la norma transfiere a la ley determinar cómo se presta la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado; lo que implica que se han contemplado los casos en que deba darla en colaboración con los particulares. Atender al expendio de drogas, negocio productivo, no entraña noción de servicio público; tal vez de servicio para el público, como cualquier otro negocio; pero atender al suministro igualmente productivo de drogas en días y horas fuera del horario laboral, sí hace parte del servicio público de salud y quienes se comprometen en empresas de farmacias y droguerías, adquieren la obligación de prestarlo en la forma y condiciones que los respectivos estatutos legales lo dispongan, porque el ejercicio de la profesión médica y farmacéutica por virtud de la Ley 67 de 1935 constituye una función social. (Ver Nos. 24 y 48 del índice) 280

10. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA.

Páginas

Es interlocutorio.— La jurisprudencia nacional había aceptado que el auto admisorio de la demandá era de sustanciación y contra él sólo cabía el recurso de reposición, pero tal doctrina ha sido revaluada últimamente con base en que si el auto admisorio contiene alguna decisión sobre su registro o el monto y clase de caución que para efectos exige la ley, o sobre secuestros y embargos preventivos, o sobre la representación del demandante o del demandado o el reconocimiento de apoderados, su carácter de interlocutorio resulta claro y así lo han venido aceptando varios tribunales del país. Y es porque el juez podrá conocer y decidir sólo si el proceso resulta válido y regularmente constituido, porque los presupuestos de fondo no tienen el mismo valor ni iguales consecuencias a la hora de fallar. (Auto de 16 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge A. Velásquez D. Actor: Importadora Almacenes Ley S. A. Indemnizaciones) 399

11. AVALUO DE INMUEBLES.

Esta providencia contiene un importante estudio de disposiciones relacionadas con avalúos de bienes inmuebles para efectos de expropiación. Las normas analizadas son las siguientes: Decreto 2895 de 1963, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por el artículo 1º, ordinal 5º de la Ley 21 de 1963. Dicho decreto en su artículo 10 derogó el 1º y 2º del Decreto 1904 de 1962 y el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 20 de 1959 e introdujo una modificación implícita a las disposiciones del Decreto 407 de 1949. Finalmente se estudia la aplicación del Decreto 547 de 1941, relacionado con el avalúo de mejoras, que, aunque anterior al 2895, es aplicable por referirse a una materia no tratada por éste. (Concepto de 14 de julio de 1969 sobre normas aplicables a expropiaciones hechas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero ponente: doctor Guillermo González Charry). Su publicación fue autorizada mediante oficio Nº 08252 de 27 de agosto de 1969, del señor Ministro de Agricultura. (Ver Nº 44 del índice) 14

B

12. BANCO DE LA REPUBLICA.

Banco Central Hipotecario. Su naturaleza.— El Banco de la República era una sociedad de economía mixta y el principal accionista del Banco Central Hipotecario, de manera que los dos Institutos eran parte integrante de la administración. Autorizada la venta de las acciones de la Nación en el Banco de la República por el Decreto 2057 de 1951, quedó transformado en una persona jurídica sometida a las reglas del derecho privado e igual cosa sucedió con el Banco Central Hipotecario. El simple contrato de emisión no comporta que el Banco de la República haga parte de la administración pública pues este servicio público bien puede ser prestado como sucede en otros casos, por entidades privadas (Sentencia de 14 de noviembre

Páginas

de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Nemesio Camacho R. Actor: Jorge Mutis Escobar. Nulidad de los actos administrativos contenidos en las comunicaciones 002417 de 2 de agosto de 1967, 003459 de 19 de septiembre y 003896 de 23 de octubre de 1967, de la Empresa Colombiana de Turismo S. A.) 231

C

13. CENSOS.

Su fuerza obligatoria. Valor probatorio de las certificaciones del DANE.— La base de población no puede ser fijada sino por la ley; y únicamente los censos nacionales que son aprobados por ella son los que deben tenerse en cuenta. De modo pues, que la población no se acredita legalmente con certificaciones del DANE. Este hace cálculos estimativos o aproximativos solamente. La ley contenida en el Decreto extraordinario 1905 de 1954, dispone que el censo de 1951 rige para todos los actos constitucionales y legales. El Departamento de Estadística no está facultado por ley ninguna para suministrar datos sobre población para los efectos señalados en la Constitución. Hay una excepción que consagró el legislador: son las Leyes 146 de 1960 y 89 de 1936, según las cuales para elegir senadores, representantes y concejales se tomarán para señalar la base de población, los cálculos de la Dirección Nacional de Estadística. La última de ellas a falta de censo. Pero como se ha dicho es una excepción que confirma la regla. No es posible jurídicamente darle a esa excepción un alcance general para todos los casos. Porque es un ordenamiento especial y preciso, para casos determinados y no cabe analogía ninguna. (Salvedad de voto del doctor Jorge de Velasco Alvarez a la sentencia de 16 de octubre de 1969, de la que fue ponente el doctor Enrique Acero Pimentel. Acción de nulidad de la ordenanza Nº 1 de 1967, de la Asamblea del Cauca, sobre creación del municipio de Balboa. Actor: Personero Municipal del Patía). (Ver Nos. 14 y 32 del índice) 324

14. CENSOS.

Su fuerza obligatoria. Valor probatorio de las certificaciones del DANE.— La ley que aprueba un censo no hace sino acoger las conclusiones de la entidad que lo realizó. La aprobación por la ley es un acto formal distinto del acto material de realizar el censo y de calcular, mediante factores técnicos el aumento de población entre la fecha del censo y otra cualquiera. Si se demora la expedición de la ley aprobatoria, eso puede variar la verdad del hecho material registrado un día y complementado por las ratas de crecimiento demográfico, nosológico, inmigratorio, etc. Creer que la verdad en estos casos está contenida en la expedición de la ley y no en los hechos confrontados, es criterio formalista fuera de la realidad y de la objetividad de los cálculos científicos de un organismo técnico y oficial como es el DANE. No es posible subordinar, además, la existencia del hecho a la prueba ni sacrificar el derecho a la prueba misma. Por otra parte, el DANE puede certificar con calidad de prueba so-

Páginas

bre la población de los municipios, de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 2240 de 1951, 1633 de 1960 y 3167 de 1968. (Sentencia de 16 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Salvedad de voto del doctor Jorge de Velasco Alvarez. Acción de nulidad de la ordenanza Nº 1 de 1967, de la Asamblea del Cauca, sobre creación del municipio de Balboa. Actor: Personero Municipal del Patía). (Ver Nos. 13 y 32 del índice) 324

15. CESANTIA Y PENSION DE JUBILACION.

Artículo 7º de la Ley 4ª de 1966.— Esta norma contiene varias estipulaciones. En primer término, estatuye que son compatibles la pensión de jubilación y la cesantía, modificando así la situación legal existente con anterioridad. Por otra parte, ordena suspender los descuentos que se están haciendo por concepto de cesantías, norma que se refiere a aquellos descuentos que se hacían, respecto de la pensión jubilatoria, para pagar, con cuotas periódicas, las cesantías parciales. Y finalmente, establece el artículo comentado que no habrá derecho a reembolso por lo ya descontado, lo cual significa claramente que si al interesado se le habían hecho ya algunos descuentos de la pensión, a efecto de cubrir la cesantía, no por ello tiene derecho a que se le reembolsen las sumas descontadas, aclaración muy pertinente en vista de que la disposición nueva hacía compatible la pensión, entera, con la cesantía. Pero ninguna de esas reglas, contenidas en el artículo 7º de la Ley 4ª pueden interpretarse en el sentido de que, si el interesado ha recibido ya el auxilio de cesantía, la administración deba pagarle todo el tiempo servido: ello equivaldría a pagar dos veces el auxilio de cesantía por el mismo lapso, lo que, además de pugnar con las normas legales, repugna al sentido común. (Sentencia de 8 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín. Actor: José A. Sánchez B., en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 4126 de 1967 expedida por el Ministerio de Defensa). 109

16. CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES.

Para elección de senadores y representantes en las intendencias y comisarías.— El constituyente de 1968 no dejó ya a la ley el proveer a la organización electoral de las intendencias y comisarías, en cuanto a la elección de representantes, como venía haciéndose de acuerdo con los actos legislativos de 1936 y 1945 y hubiera podido seguir haciéndose según el artículo 3º del nuevo acto legislativo de aquel año, sino que en forma directa y expresa creó de las intendencias y comisarías circunscripciones electorales para tal elección. Pero, como nada dispuso sobre la organización electoral de tales territorios, respecto a la elección de senadores, lógicamente hay que concluir que para elegir a éstos, subsisten las disposiciones legales que sobre el particular se encontraban vigentes cuando se expidió la reforma, pues fueron dictadas con base en la facultad que sobre organización electoral de las intendencias y comisarías gozaba el legislador desde los actos legislativos de 1936 y 1945, facultad que, como se ha dejado

Páginas

dicho, conserva el nuevo acto legislativo de 1968. En resumen: si subsiste como es evidente la facultad para el legislador de proveer a la organización electoral de las intendencias y comisarías, subsisten igualmente las disposiciones dictadas por él en lo referente a la elección de senadores por los habitantes de dichos territorios. El hecho de que el constituyente haya creado directamente con tales territorios circunscripciones electorales independientes de los departamentos para la elección de representantes, lo que significa es que ya el legislador no puede ejercer aquella facultad en la organización electoral de las intendencias y comisarías para elegir representantes a la Cámara, o dicho en otros términos, el legislador no puede hoy, por impedírselo el artículo 177 de la Constitución formar circunscripciones electorales con las intendencias y comisarías agregándolas a los departamentos, para la elección de representantes a la Cámara, pero sí puede hacerlo para la elección de senadores con base en la referida facultad que esta en vigencia desde el año de 1936. En consecuencia, el acto reformatorio de 1968 no modificó las circunscripciones electorales para la elección de senadores, pues se limitó a crear con las intendencias y comisarías circunscripciones electorales independientes de los departamentos para la elección de representantes. (Concepto de 15 de septiembre de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alejandro Domínguez Molina). Su publicación fue autorizada mediante oficio Nº 2188 de 2 de diciembre de 1969 del Ministerio de Gobierno 18

17. CLAUSULA DE REVISION PERIODICA DE LOS PRECIOS.

No constituye una cláusula exorbitante.— No es evidente que la cláusula de revisión periódica de los precios en función de las variaciones de los factores determinantes de los costos previstos sea una cláusula exorbitante, pues no establece ella un privilegio legal en favor de la entidad administrativa sino una relación de equidad para ambas partes. Y contenida tal cláusula implícitamente en el contrato, es claro que debe alegarse y demostrarse dentro de la ejecución de éste para que se efectúe el reajuste, pues la cláusula se ha establecido precisamente para que el contrato se ejecute dentro del término pactado. En el contrato de que se habla, debido quizá al brevísimo término en que la contratista se comprometió a ejecutarlo, se prescindió de la cláusula de la revisión periódica, aparentemente innecesaria en lapso tan breve. Pero es de meridiana claridad que si el fenómeno del alza de los costos sobrevino cuando ya el pacto se estaba ejecutando, la empresa contratista debió pedir de inmediato la revisión del precio convenido y no podía esperarse a quedar en mora de cumplir lo pactado para exigir esa revisión. Aunque parezca paradójico, no se trata de la imprevisibilidad del factor de elevación de costos, pues la cláusula del artículo 11 de la Ley 4ª de 1964 prevé que esa circunstancia pueda presentarse durante la ejecución del contrato y dispone por eso el reajuste oportuno dentro de tal ejecución y no con posterioridad a él. (Auto de 4 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez. Actor: Colficom Ltda., en ac-

Páginas

ción de responsabilidad contractual contra el Club Militar). (Ver Nº 29 del índice) 359

18. COMERCIO DEL ORO.

Su régimen de cambios internacionales.— El régimen general de inversiones extranjeras establecido por las normas cambiarias vigentes es aplicable igualmente a las importaciones de capital efectuadas o que en el futuro se efectúen con destino a la industria dedicada a la extracción de oro: Las empresas mineras extranjeras vinculadas a la extracción de oro están obligadas a registrar en la Oficina de Cambios los capitales que hayan importado o que importen con destino a esta industria, registro que constituye requisito indispensable para tener derecho a remesar al exterior utilidades habidas en el negocio y a reembolsar los capitales. El giro de utilidades que hagan las empresas mineras mencionadas, está sometido a los límites establecidos en el Decreto 444 de 1967, artículo 116, o a los que señale el Consejo Nacional de Política Económica. Por tanto la Resolución Nº 7 de 1968, del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, es extensiva a las mencionadas empresas (Ver Nos. 19, 20, 21, 26 y 69 del índice) 23

19. COMERCIO DEL ORO.

Períodos demarcados por las diferentes legislaciones.— Apreciada en su conjunto la legislación puede encuadrarse en tres grandes períodos, desde que rige en Colombia el control de cambios internacionales y del comercio exterior: a) De 1931 a 1953, lapso en que estuvo suspendido el libre comercio de oro y prohibida su exportación; b) De 1953 a 1966, en que se permitió nuevamente en el territorio nacional el comercio libre de oro y la libertad de exportación de este metal; y c) De 1966 en adelante, año en que otra vez el Estado monopoliza el comercio y la exportación del oro. La diferente legislación que ha regido en el país en las tres etapas señaladas, ha determinado por otra parte las facultades de la Oficina de Control de Cambios y las del Banco de la República como depositario de las divisas internacionales en la autorización de licencias y en el procedimiento de compra del oro físico. Durante el tiempo en que fue libre el comercio y la exportación del oro, el Banco de la República al comprar el oro de producción nacional a "aquellas personas que deseen vendérselo" como dice la Resolución Nº 12 de 1959, de la Junta Directiva del Banco, pagaba el porcentaje que estaba autorizado para reconocer en moneda extranjera "en dólares de libre negociación" (Resoluciones 12 de 1959 y 6 de 1969), sistema de pago que según la Resolución Nº 12 citada tenía el carácter de operación interna y no estaba sujeto a las regulaciones de cambio exterior. Dentro del régimen de monopolio del comercio y de la exportación de oro, el Banco de la República no puede entregar divisas a las empresas extranjeras vendedoras de oro sin previa autorización de la Oficina de Control de Cambios y ésta a su vez tiene una competencia reglada, o sea que no puede conceder licencias de cambio sino de acuerdo con las normas generales y para los fines específicamente

Páginas

señalados en la ley o en los reglamentos. (Concepto de 15 de septiembre de 1969 sobre el comercio del oro y su régimen de cambios internacionales. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alberto Hernández Mora). Su publicación fue autorizada mediante oficio 00584 del 25 de noviembre de 1969 del Ministerio de Hacienda. (Ver Nos. 18, 20, 21, 26 y 69 del índice) 23

20. COMERCIO DEL ORO.

Alcance que en el sistema legal de cambios tiene la autorización al Banco de la República para pagar con divisas parte del oro que compre.— Las facultades que el artículo 38 del Decreto 444 de 1967 confiere a la Junta Monetaria la habilitan para ordenar que el Banco de la República pague la totalidad del valor del oro que compre a empresas mineras extranjeras en moneda nacional, o parte en moneda nacional y parte con el equivalente en divisas. Es claro que en el primer caso las compañías productoras de oro quedan sometidas al régimen general de cambios internacionales y tendrán derecho a solicitar divisas en las mismas condiciones que las demás empresas mineras y para los pagos en moneda extranjera que la ley les autorice. En el segundo caso es el reglamento de la Junta Monetaria el que señala en qué proporción el valor del oro vendido al Banco de la República permite obtener divisas internacionales a las compañías extranjeras y recibirlas como parte de pago. Agrega el estatuto que estas empresas "podrán remesar al exterior, *previa licencia de cambio* y por conducto del Banco de la República, la parte pagadera por éste en divisas". "En consecuencia, dice el artículo 38 comentado, dichas empresas no tendrán derecho a obtener adicionalmente licencias de cambio para el reembolso de capitales, la transferencia de utilidades y el pago de gastos en moneda extranjera"; o sea que las licencias de cambio que autoriza el estatuto en proporción al valor del oro, se conceden para que las compañías atiendan a los pagos indicados. De acuerdo con lo dispuesto por la Junta Monetaria en la Resolución 17 de 1967, las empresas mineras de capital extranjero pueden solicitar a la Oficina de Cambios licencias "hasta por el 50% del valor del oro que vendan" al Banco de la República para atender a los gastos o pagos que indica la resolución, gastos que deben relacionar e individualizar para solicitar la licencia y comprobar posteriormente ante la Oficina de Cambios, sin que puedan invertir parte alguna del valor de los giros autorizados "en fines distintos" a los señalados por la Junta Monetaria. (Concepto de 15 de septiembre de 1969, sobre el comercio del oro y su régimen de cambios internacionales. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alberto Hernández Mora). Su publicación fue autorizada mediante oficio 00584 del 25 de noviembre de 1969 del Ministerio de Hacienda. (Ver Nos. 18, 19, 21, 26 y 69 del índice) 23

21. COMPAÑIAS EXTRANJERAS.

Extractoras de oro.— Deben cumplir para comprar y remesar divisas al exterior, los mismos requisitos que se exigen a los demás compradores de moneda extranjera. (Ver Nos. 18, 19, 20, 26 y 69 del índice) 23

22. COMPARACION DE PATRIMONIOS.

Páginas

Al disponer el inciso 5º del artículo 63 del Decreto 154 de 1968 que se restará del pasivo total el pasivo que no cumpla los requisitos legales de que trata el artículo 78 del Decreto 154 de 1968 para efectos de fijar la renta líquida gravable por el sistema de comparación de patrimonios, agregó a la disposición que reglamenta un elemento nuevo no contemplado en ésta, que hace más gravosa económicamente la situación del contribuyente. En forma constante la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que el Presidente de la República no puede al ejercitar la potestad reglamentaria, dictar normas nuevas, ni aplicar o restringir el alcance de la ley, ni exigir formalidades distintas de las establecidas por la misma, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y que en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere. Como es manifiesta la violación del artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional en relación con el artículo 23 del Decreto-ley 1366 de 1967, se impone suspender los efectos de la norma impugnada. (Auto de 23 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actores: Alfonso Angel de la Torre y otro. Acción de nulidad del inciso 5º del artículo 63 del Decreto 154 de 1968) 292

23. COMPETENCIA.

De la jurisdicción contencioso administrativa para conocer del acto por el cual se levanta la inmunidad a un congresista.— Nuestro Código Contencioso Administrativo, juntamente con las leyes que lo han adicionado o reformado, fija las competencias jurisdiccionales mediante el procedimiento de la enumeración legislativa de que hablaba Bonnard, a la vez que establece la cláusula general, consistente en la determinación abstracta y general de las competencias. Por ello se puede afirmar que la codificación en referencia participa de un sistema mixto, que ha venido a consagrarse como norma legal en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, pues él fija una cláusula general para efectos de fijar las competencias no establecidas en los artículos del mismo Código ni en sus leyes reformatorias o especiales, y desde luego, según el texto mismo del artículo en comento, esa atribución es únicamente para "toda contención administrativa". Será preciso determinar si el acto de que aquí se trate puede y debe tenerse como administrativo, o si, por el contrario, él pertenece a otra categoría. Para el sustanciador, si se mira el acto impugnado por su aspecto material, para catalogarlo como acto administrativo, debe ser "el acto jurídico emanado de un agente de la administración, que crea una situación jurídica subjetiva, en beneficio o a cargo de una persona, o que permite la aplicación a ésta de una situación jurídica objetiva". Y apreciándolo bajo el aspecto formal, el acto materia de la acusación para ser acto administrativo, debería emanar, necesariamente, de la administración. Claramente se observa, que el acto emitido por el Senado de la República, no encuadra dentro de las clasificaciones anotadas. De él no se puede afirmar que sea un acto legislativo, ni uno jurisdiccional, porque los unos y los otros, están taxativamente enunciados en la Carta. En el supuesto de que fuera un acto administrativo, por originarse en una rama

Páginas

del poder público instituida por la Constitución para realizar, como función primordial, actos legislativos, sería un acto sui generis, dado en ejercicio de un poder preciso otorgado por la Carta, como garantía de la independencia y autonomía de las corporaciones legislativas, frente a las otras ramas del poder público. Sin reconocer el suscrito sustanciador el poder discrecional absoluto, cuya tesis conduciría necesariamente a situaciones bien distantes de la democracia como régimen de Gobierno, acepta, sin la menor duda, la autonomía de determinados actos de poder, como el que ahora se analiza, sin menoscabo de la interdependencia de las ramas del poder público. Conviene finalmente aclarar que el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, por el cual se atribuye al Consejo la decisión en una sola instancia de toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores, no basta autorizar la admisión de la demanda, porque contención administrativa es litigio, querella, controversia con la administración, de modo que mientras esa contención no se surta, no se origina la competencia contencioso administrativa que por ese texto se le adscribe. Por todas estas razones, estima la Sala Unitaria, que la demanda que se estudia no puede ser admitida por falta de competencia del Consejo para conocer de ella. (Auto de 29 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero sustanciador: doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Ignacio Vives Echeverría en acción de plena jurisdicción contra la decisión administrativa tomada por el Senado de la República por la cual se levantó la inmunidad al actor). (Ver Nº 87 del índice) 312

24. COMPETENCIA DE ASAMBLEAS Y CONCEJOS.

Para expedir normas sobre funcionamiento nocturno de farmacias y droguerías.— El Decreto 2169 de 1949 sobre funcionamiento nocturno de farmacias y droguerías se expidió hace veinte años y disposiciones departamentales o municipales posteriores no han podido modificarlo ni desconocerlo. El artículo 3º del decreto demandado manda establecer y reglamentar debidamente los turnos, lo que no contraría el precepto del artículo 197 de la Carta que señala como atribución de los cabildos la de ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito que ejercerán conforme a la ley. (Ver Nos. 9 y 48 del índice) 280

25. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PARA CONOCER DE JUICIOS DE IMPUESTOS.

El artículo 277 del Código Contencioso Administrativo regula en forma expresa y especial la competencia para conocer de ellos, en tratándose de gravámenes nacionales. De acuerdo con esta norma, conocen a prevención "el tribunal administrativo en cuyo territorio se hizo la liquidación, el correspondiente al domicilio del demandante o el de lugar donde se cubrió el impuesto", facilidad que el legislador le concede al contribuyente para que por simples motivos de organización judicial no llegue a verse privado del derecho a impugnar una liquidación que estime injusta o ilegalmente gravosa. (Auto de 8 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo,

Páginas

Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: Alberto Díaz Soler en juicio de revisión de impuestos). (Ver Nº 60 del índice) 405

26. COMPRA DE ORO Y VENTA DE DIVISAS.

El artículo 38 del Decreto 444 de 1967 involucra en una sola dos operaciones distintas. Una de compraventa de obligada celebración, en la que se entrega en el país una mercancía, oro, por un precio que en principio, como es general en todas las transacciones puede y debe pagarse en moneda nacional; y una operación de cambio internacional en la que la Oficina de Cambios autoriza al Banco de la República, como depositario de estas divisas, para vender cierta cantidad de ellas a empresas extranjeras establecidas en Colombia, por un precio que como es habitual en estas transacciones, puede y debe pagarse en moneda nacional. Sin embargo, la aparente unidad no desvirtúa la pluralidad jurídica que encierra la transacción reglamentada. Entregado el oro al Banco de la República la empresa vendedora debe tramitar ante la Oficina de Cambios una autorización o licencia para que el Banco a su vez le venda divisas extranjeras con destino a sus pagos en el exterior. Obtenida la licencia por un valor dado, que puede llegar hasta el tope que autoriza la Junta Monetaria, la empresa vendedora del oro se presenta al Banco como compradora de divisas. Acreedora en la venta del oro y deudora del precio de las divisas, se opera una compensación en moneda nacional que permite la entrega de divisas a la vendedora del oro y ocasiona el espejismo de que el oro se está pagando en divisas. Sin embargo, en derecho, las denominaciones, así sean legales, no cambian la naturaleza jurídica de los hechos. Si en realidad se trata de dos operaciones independientes aunque confluyen en su resultado final, venta de oro y compra de divisas, solamente vinculadas para establecer el tope de control, si las empresas mineras extranjeras vendedoras de oro requieren una autorización o licencia para recibir divisas del Banco de la República, y esta licencia no puede otorgarla la Oficina de Cambios sino para los fines específicos señalados en la resolución de la Junta Monetaria, ninguna innovación introduce el artículo 38 cuando dispone que las empresas mineras extranjeras "podrán remesar al exterior" las divisas que reciban como parte de pago del oro vendido. Por el contrario al exigir el artículo 38 licencia de la Oficina de Cambios, está confirmando que en este caso como en todos los demás, la venta de divisas está sometida al régimen general de cambios que consagran otras disposiciones del estatuto. Las compañías reciben divisas del Banco de la República porque la Oficina de Cambios ha ordenado su venta, las divisas se conceden para atender los pagos en moneda extranjera que autoriza el estatuto, y son remesables al exterior con el permiso de la Oficina de Cambios, que es precisamente uno de los objetos de las licencias. (Ver Nos. 18, 19, 20, 21 y 69 del índice) 23

27. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Funciones.— A la Contraloría General de la República no le corresponde ejercer funciones que son propias de la jurisdicción conten-

Páginas

cioso administrativa sino sólo las indicadas en el artículo 10 de la Ley 58 de 1946. (Concepto de 4 de julio de 1969 sobre la aplicación de la Ley 4ª de 1966 y las funciones propias de la Contraloría General de la República. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alberto Zuleta Angel). Su publicación fue autorizada mediante oficio Nº 29199 de 15 de julio de 1969, del señor Ministro de Educación Nacional. (Ver Nº 61 del índice) 9

28. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Sus funciones. Control previo en empresas industriales y comerciales del Estado.— Las empresas de esta naturaleza no pueden estar sujetas al control "previo" y "perceptivo", en la forma señalada por la Resolución 00633 de 16 de enero de 1968, expedida por la Contraloría General de la República, como si se tratase de simples entidades administrativas o de establecimientos públicos limitados a la prestación de un determinado servicio. En esta forma lo que se hace es entrabar su funcionamiento, entorpecer su desarrollo y colocarlas en situación de inferioridad frente a sus competidoras para el manejo de sus actividades, con grave perjuicio no sólo para las mismas empresas sino para la economía nacional. Por eso mismo, se requiere un control y vigilancia "acorde con la índole de la empresa que garantice y haga fácil y expedito su funcionamiento", como lo manda el artículo 6º del Decreto 3211 de 1959. (Sentencia de 27 de noviembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Meluk. Actor: ECOPETROL, en acción de nulidad de la Resolución 00633 de 1968, de la Contraloría General de la Republica) 215

29. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Evolución. Criterios. Crisis del servicio público.— En Colombia la cuestión de si un contrato determinado correspondía a la clase de los que los tratadistas denominan específicamente administrativos sólo tuvo importancia teórica para fines distintos del de la competencia de jurisdicción, ya que todas las controversias originadas en contratos celebrados por personas de derecho público estaban atribuidas a la jurisdicción civil y expresamente sustraídas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por el numeral 1º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941). La Corte Suprema de Justicia, mientras le correspondió decidir sobre controversias originadas en contratos celebrados por la administración, acogiéndose a la doctrina de los tratadistas, especialmente de los franceses, ya que nuestra legislación en materia contencioso administrativa ha adoptado los principios básicos de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado de Francia, estimó que lo que sustancialmente diferenciaba el contrato administrativo del de derecho común era que el primero se celebraba con el fin de efectuar la prestación de un servicio público, vale decir, para satisfacer por ese medio las necesidades de carácter general cuya insatisfacción pudiera ocasionar graves trastornos de orden social y económico. Y esto sobre la base de que los servicios públicos por su natu-

Páginas

raleza deben satisfacer las necesidades de la comunidad y éstas tienen carácter permanente, por lo cual deben ser satisfechas garantizando en lo posible la eficiencia y continuidad del servicio. De otra parte, la principal finalidad del Estado es la prestación de los servicios públicos. Y desde luego, se reconocía que había contratos celebrados por personas públicas que no se diferenciaban de los de derecho común que celebran los particulares. La complejidad de organización administrativa en los tiempos más recientes, la creación de organismos descentralizados que se destinan a prestar gran variedad de servicios y tienen que acudir para distintos fines a contratos de derecho común, y la prestación de servicios públicos por personas de derecho privado, han conducido en los últimos años a que se considere ante todo como característica diferencial entre los contratos administrativos propiamente dichos y los contratos comunes de derecho civil o comercial de los entes administrativos la de que aquéllos contienen *cláusulas exorbitantes*. En cuanto a lo que debe entenderse hoy en Colombia por servicio público, debe recordarse que está definido en el artículo 1º del Decreto 753 de 1956 como "toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas". Esto ha hecho más necesario acudir a la noción de las cláusulas exorbitantes como criterio diferencial entre los contratos administrativos que por su naturaleza las deben contener y los de derecho común. Y esto sin perder de vista que las cláusulas exorbitantes se imponen por ministerio de la ley en los contratos administrativos con la finalidad de asegurar la prestación eficiente y continua de los servicios públicos a cargo de las personas públicas. (Auto de 4 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez. Actor: Colficom Ltda., en acción de responsabilidad contractual contra el Club Militar). (Ver Nº 17 del índice) 359

30. CONTROL DE PRECIOS.

Sanciones a fabricantes o distribuidores por dar al expendio mercancías sin previa fijación de precio público.— El artículo 1º del Decreto 437 de 1966 obliga a los fabricantes, productores o distribuidores de mercancías de consumo popular o que satisfagan necesidades vitales de las gentes a solicitar de la Superintendencia Nacional de Precios la fijación de su precio de venta al público y de un permiso expreso antes de comenzar a darlos al expendio. Naturalmente el cumplimiento de esa obligación legal no puede quedar sujeto al simple arbitrio de los productores, desde luego que entonces su inoperancia sería obvia muchas veces. Pero tampoco resultaría equitativo entender que la mencionada norma deja al criterio exclusivo, casuista y esotérico de la Superintendencia la calificación de un producto en concreto como de consumo popular o de primera necesidad y, menos aún, cuando esa calificación quiera hacerse en la misma providencia que sancione el fabricante o expendedor por haber quebrantado lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 437 y como fundamento evidente de la sanción impuesta. Al contrario, la estructura misma de un Estado de derecho, exige que las normas reguladoras de la con-

Páginas

ducta de los particulares se les hagan conocer a éstos en forma real o presunta cuando menos, como requisito para su obligatoriedad, para que así ellos sepan en concreto cuáles son sus obligaciones y sus prerrogativas ante la ley. Es entonces de elemental necesidad jurídica que una norma preexistente y de carácter general, como una resolución de la Superintendencia por ejemplo, defina expresamente cuáles mercancías deben tenerse como de consumo popular o aptas para satisfacer necesidades primarias del público, para que proceda sancionar a los fabricantes o distribuidores de esas mercancías cuando las den al expendio por vez primera sin la previa licencia oficial o sin la previa fijación de precio público, o sea, con violación manifiesta de lo estatuido en el artículo 1º del Decreto 437 de 1966. Este mismo requisito de la preexistencia de una norma rige también y con mayor claridad todavía porque lo exige expresamente la ley, en la hipótesis de que la Superintendencia haya creído indispensable controlar el precio de productos que ya se encuentren en el mercado, sean o no de consumo popular, y de que algunos expendedores o fabricantes los vendan a un precio distinto del oficial y deban ser sancionados por esa infracción. De modo que resulta absolutamente claro que en ninguno de los dos casos antes vistos hay lugar a la aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia sin un previo mandato expreso y categórico que haya sido violado por un particular. De otra suerte, se ocasiona quebranto grave y manifiesto a lo preceptuado en los artículos 20 y 26 de la Constitución, que consagran garantías fundamentales para todos los habitantes del país. (Sentencia de 23 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Salvedad de voto del doctor Miguel Lleras Pizarro en lo que concierne a la decisión de la Sala sobre intereses compensatorios o indemnizatorios reclamados por el demandante. Actor: Productora Tabacalera de Colombia S. A. Acción de plena jurisdicción contra algunas resoluciones de la Superintendencia de Regulación Económica). (Ver Nº 83 del índice) 209

31. COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA.

Características.— El problema de la cosa juzgada es propio y peculiar del derecho procesal civil que nuestro Código de la materia concreta en los artículos 473 a 475, enumerando los tres requisitos clásicos para que se configure: "eadem rem, eadem causa petendi, eadem condictio personarum". No obstante, en el campo administrativo el problema tiene sus peculiaridades que lo especifican porque si es cierto que algunos de los elementos exigidos en el proceso civil también pueden predicarse para el juicio administrativo, no puede negarse que la reglamentación que de la cosa juzgada da el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo hace que en este campo su presentación no conlleve la complejidad y dificultades de interpretación que ha hecho de esta institución en el campo procesal civil una de las cuestiones más debatidas y que se ha prestado a un mayor número de polémicas y teorías. En efecto, de acuerdo con el precitado artículo son tres los requisitos fundamentales de la cosa juzgada administrativa: a) Un acto administrativo anulado por sentencia ejecutoriada; b) La reproducción del mismo por la corpora-

Páginas

ción o funcionario que lo dictó conservando la esencia del que fue anulado; y c) Que los fundamentos legales que hayan dado base a la sentencia de anulación no hayan desaparecido. La reglamentación opera también para la suspensión provisional pero como es obvio con un carácter de transitoriedad porque es de la sentencia con autoridad de cosa juzgada de donde puede deducirse la verdadera existencia de ésta. Es bueno advertir que el acto anulado puede ser simple o complejo porque en él hayan intervenido varias autoridades o porque para su validez el acto haya necesitado de la aprobación de autoridad superior, caso en el cual la nulidad abarca tanto el acto de creación como el de ratificación o aprobación. (Sentencia de 10 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Sergio Alvarez Cock. Nulidad de la Resolución 012 de 1966 de la Superintendencia de Regulación Económica, del Decreto 4 de 14 de septiembre de 1966 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y de la Resolución 567 de 1966 del Director encargado de la Superintendencia de Regulación Económica). Salvedad de voto de los doctores Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar Tapiero. (Ver Nos. 36 y 94 del índice) 244

32. CREACION DE MUNICIPIOS.

El informe del Gobernador sobre si están probadas las circunstancias que exige la ley y si hay conveniencia pública en la creación del municipio no forma con la ordenanza misma un acto complejo, ni compuesto siquiera; ésta, la ordenanza, es la que crea el municipio y el informe del Gobernador, así como los documentos que forman el expediente, son elementos previos que la asamblea estudia para el fin propuesto. Por ello, en caso de observaciones del Gobernador o de su negativa a la creación, manifiesta en el informe, puede la Asamblea desestimarlo y complementar el expediente. (Sentencia de 16 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Acción de nulidad contra la ordenanza Nº 1 de 1967 de la Asamblea del Cauca, sobre creación del municipio de Balboa. Actor: Personero Municipal del Patía). (Ver Nos. 13 y 14 del índice) 324

D

33. DECLARACION DE RENTA.

De personas que se dediquen habitualmente a los negocios de compraventa a plazos.— Aunque es indiscutible que los artículos 80 a 87 del Decreto 437 de 1961, que reglamentan íntegramente el sistema para la presentación de las declaraciones de renta por las personas que se dediquen habitualmente a los negocios de compraventa a plazos, derogaron hacia el futuro las normas anteriores que regulaban esa materia y, por lo mismo, nadie pudo invocarlas en adelante como fundamento para hacer sus nuevas denuncias de renta, es lo cierto que el artículo 87 del decreto les permitió a los viejos contribuyentes que utilizaban sistemas distintos del señalado por el ar-

Páginas

tículo 80 del mismo decreto para determinar su renta bruta, optar por el nuevo sistema, pero con la autorización previa de los funcionarios de impuestos. O sea, que mientras obtenían esa autorización, les era lícito determinar su renta y denunciarla por el método que hubieran aplicado en los ejercicios gravables anteriores, para que no se dislocara así de buenas a primeras la organización contable de antemano establecida por ellos, como consecuencia del tránsito de uno a otro sistema sin hacer los ajustes contables necesarios para la clara y ordenada operancia del nuevo. (Sentencia de 12 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: "Julio y José Ramírez Johns y Cía. S. A.", en acción de revisión de impuestos). 417

34. DECLARACION DE RENTA.

Personas residentes en el exterior.— Estudiadas con atención las normas legales que reglamenta el Decreto número 154 de 1968 en ninguna parte aparece que ellas impongan a las personas jurídicas residentes en el exterior beneficiarias de pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, como lo establece el inciso segundo del artículo 67 acusado. Lo que el Decreto-ley número 1366 de 1967 ordena al respecto es que quien hace el pago debe retener el doce por ciento del valor nominal del mismo. Y que sólo se le aceptará la deducción si acredita la consignación de lo retenido a título de impuesto sobre la renta. Sin duda alguna el legislador estimó que para que las personas extranjeras que reciban rentas sujetas a impuesto en Colombia cumplan con el deber de pagarlo, el sistema de retención en la fuente en la proporción y modo indicados es suficiente. Al agregar el Gobierno en el decreto reglamentario que las personas jurídicas beneficiarias de los pagos deben presentar declaración de renta y patrimonio impuso una exigencia no prevista en la ley y rebasó, por lo tanto, la facultad constitucional contemplada en el artículo 120, ordinal 3º, ya que el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley y debe hallarse contenido en ella. (Sentencia de 30 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: James W. F. Raisbeck, en acción de nulidad del artículo 67 del Decreto 154 de 1968) 72

35. DELEGACION DE FUNCIONES.

De las asambleas a los gobernadores.— En 1960 la facultad de establecer contribuciones no era delegable. Esa dificultad fue subsanada por la reforma de 1968 que permite a las asambleas autorizar al Gobernador para ejercer funciones de las que le son propias con la condición de que tales facultades se otorguen pro témpore. Es obviamente inconstitucional la delegación indefinida de facultades de modo que aunque la asamblea hubiera autorizado al Gobernador para establecer contribuciones, la ordenanza estaría viciada de inconstitucionalidad por no haber señalado término. En este caso la ordenanza se aprobó en 1960 y el decreto por medio del cual se ejercie-

Páginas

ron las supuestas facultades es de 1968. No se necesita lucubrar muy extensamente para concluir que del simple examen del artículo 43 de la Constitución se concluye que el Gobernador no puede imponer contribuciones ni aun con el pretexto de ejercer facultades otorgadas por la asamblea que, se repite, en este caso no le fueron atribuidas. (Auto de 11 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Miguel Lleras Pizarro. Apelación del auto de 30 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Caldas que negó la suspensión provisional del Decreto 0042 de 1968, expedido por el Gobernador de ese departamento). (Ver Nº 72 del índice) 339

36. DERECHO DE ABASTECIMIENTO.

Como la cuantía de las inversiones para los servicios esenciales, en nuestros tiempos es muy grande, al conformar la tarifas o tasas o precios que han de pagar los usuarios, debe considerarse que la equidad, que es condición de la justicia, reclama que no se olvide la diferente capacidad económica de cada uno, precisamente para que al servicio puedan tener acceso hasta los más pobres. Recuérdese que un acueducto, por ejemplo supone la construcción de grandes obras antes de que el agua se encuentre en la puerta del usuario. Pensar que por los hábitos contemporáneos de higiene, el de acueducto es servicio que no debe mantenerse con el producto del precio pagado por los usuarios sino con cargo al tesoro general, es tanto como proponer que los impuestos generales sean aumentados sustancialmente para que los consumidores de agua puedan gastarla gratuitamente y por tanto sin verse compelidos a no malgastarla. Es punto de vista respetable que hasta ahora no ha compartido el Estado colombiano, ni patrocinado la ley, ni a nuestro juicio recomendable su aplicación. Probablemente sería sistema contrario a la equidad y a las conveniencias económicas de la comunidad. Por lo mismo nos parece inaceptable creer que la magnitud del derecho de abastecimiento liquidado sobre el valor catastral de costoso edificio, por resultar elevado (desde el punto de vista absoluto pero no relativo), deja de ser tasa para convertirse en impuesto. (Salvamento de voto de los doctores Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar Tapiero, a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 1969, de la que fue ponente el doctor Hernando Gómez Mejía, sobre derecho de matrícula o de abastecimiento). (Ver Nos. 31 y 94 del índice) 244

37. DESVIACION DE PODER Y FALSA MOTIVACION.

Como causales de nulidad de los actos administrativos.— Cabe hacer aquí una importante distinción. Una cosa es la falsa motivación del acto y otra, muy distinta, la desviación del poder público. Esta desviación por parte del funcionario, conduce a veces, pero no simpre, a una falsa motivación del acto gubernativo. El elemento que debe llevar a la anulación del acto no es tanto la falsa motivación como la desviación de poder. Por ello, lo esencial no es si hubo o no falsa motivación sino, más bien, si hubo una evidente desviación del poder público, que condujo al funcionario a motivar falsamente su provi-

Páginas

dencia. Por ello, es indispensable, en cada caso concreto, analizar los motivos determinantes del acto, para llegar a concluir si hubo o no desviación del poder y si, por lo mismo, el acto debe ser anulado. (Ver Nos. 47 y 67 del índice) 150

E

38. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS.

En el campo civil la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, tiene efecto retroactivo y da a las partes el derecho para ser restablecidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En el campo administrativo la sentencia con efecto erga omnes sólo opera hacia el futuro pero esa misma providencia puede cobijar acciones de plena jurisdicción o del contencioso de impuestos cuando, habiendo sido propuestas dentro de los términos que la ley señala para su ejercicio, la sentencia se produce con posterioridad a la anulación que se decretó en la acción de simple nulidad. Y ello por la sencilla razón de que una providencia no puede ser anulada dos veces con base en los mismos fundamentos jurídicos. En otras palabras: si cuando va a pronunciarse una sentencia en una acción del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, o también del contencioso de impuestos, se encuentra que la disposición cuya nulidad se pide en estas acciones ya ha sido anulada como consecuencia del ejercicio del contencioso de simple nulidad, la providencia dictada en esta última acción tiene que ser lógicamente el piso jurídico de la sentencia en las primeras porqué en tal hipótesis una providencia de esa naturaleza se convierte en ley no sólo de los procesos futuros sino también de todos aquellos que fueron incoados con invocación de la misma causal de nulidad, y dentro de los términos legales respectivos. (Sentencia de 17 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor "CADENALCO", en acción de revisión de impuestos) 419

39. EMBAJADORES.

Reajuste de la pensión de jubilación.— De la simple lectura del artículo 10 de la Ley 4ª de 1966 se deduce que, en realidad, la intención del legislador fue la de darle a los Embajadores un tratamiento de excepción. De otra manera no hubiera sido necesaria la expedición de ese precepto legal, pues los reajustes de las pensiones para tales funcionarios habrían seguido el régimen general sin necesidad de ninguna aclaración. En efecto, cabe observar que mientras el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 establece para todos los servidores públicos, que la base para el reajuste es la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron para su liquidación o su equivalente en cambio, el artículo 10 consagra el expreso mandato, para efectos de prestaciones, de que los Embajadores tendrán el carácter de Ministros del Despacho Ejecutivo. Asimismo, debe tenerse presente que cuando

Páginas

el régimen general de reajustes (Art. 5º), toma como base la asignación actual del cargo, o sea el 23 de abril, para los Embajadores ordena que el reajuste pensional se hará seis meses después de la vigencia de la ley, lo cual debe interpretarse no como lo afirma el señor Fiscal, en armonía con el artículo 5º de la Ley 4ª sino de acuerdo con el texto del artículo 10º de dicho estatuto. Lo anterior está indicando que aunque la disposición contenida en esta última norma entró a regir como parte integrante de la ley, el 23 de abril de 1966, sin embargo, su observancia, en lo atinente al reajuste de la pensión jubilatoria para los Embajadores, deberá cumplirse con base en la asignación de un Ministro del Despacho Ejecutivo, en 23 de octubre del mismo año, que es, precisamente, el caso controvertido en el presente juicio. (Sentencia de 30 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Rodolfo García, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 00605 de 1967 de la Caja Nacional de Previsión Social). (Ver Nº 76 del índice) 195

40 ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Régimen jurídico. Vigencia de los Decretos 1050 y 3130 de 1968.— Así como los actos administrativos se extinguen, entre otras causas, por el cumplimiento de la condición resolutoria, si alguna se ha fijado como término de su vigencia al dictarlos, del mismo modo su entrada en vigor puede quedar sometida a una condición suspensiva. Es esto último lo que ha ocurrido respecto al Decreto 3130 de 1968, que si materialmente es una ley, susceptible también de que se le aplique un tracto futuro, formalmente es un acto administrativo, respecto al cual se dispuso en los incisos 2º y 3º del artículo 45 lo siguiente: "Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado continuarán funcionando de acuerdo con las normas generales vigentes y las particulares que las rigen; pero los representantes del Gobierno en sus juntas y consejos directivos promoverán las reformas necesarias y los respectivos proyectos de modificaciones serán presentados a la consideración del Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la fecha de expedición del presente decreto. Igualmente los representantes del Gobierno en las asambleas de accionistas y en las juntas directivas de las sociedades de economía mixta promoverán las modificaciones estatutarias para ajustar la organización y el funcionamiento de dichas entidades a las normas del presente decreto". De esta manera la puesta en vigor de los Decretos 1050 y 3130 respecto al régimen de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado existentes en el momento de la expedición de aquéllos, quedó sujeta a la condición de que se adoptaran las reformas indicadas en las nuevas disposiciones. Mientras tanto aquellas entidades quedaron sometidas a la legislación anterior. (Auto de 11 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Pablo E. Pérez y otro. Indemnizaciones, responsabilidad extracontractual). (Ver Nº 64 del índice) 385

41. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.

Páginas

Diferencias con otras entidades de derecho público.— Antes de la expedición de los Decretos 1050 de 1968 y 3130 del mismo año era frecuente la confusión entre establecimientos públicos descentralizados, sociedades oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado. Para liquidar tal confusión se dictaron precisamente tales estatutos. Como las definiciones y distinciones de los decretos citados no establecen una diferencia desde el punto de vista doctrinario, que existe pero que no se esbozó en los decretos con la debida técnica y nitidez, es bueno agregar que quizá la característica, el punto de sustancial diferenciación entre los establecimientos públicos y las empresas comerciales e industriales del Estado es la finalidad que persiguen, su objeto determinante. Si la finalidad propia y específica de tales entes es el servicio público y a él están dirigidas todas sus actividades, la empresa será de servicio público, en cambio si el objetivo, si la finalidad, si el móvil determinante no es el servicio público sino el medio que utilizan los entes públicos para proveerse de bienes fiscales en actividades que no reúnen ninguna de las características que tienen las actuaciones del servicio público, nos encontramos entonces con empresas industriales y comerciales del Estado, regidas por el derecho privado y que no tienen ni pueden tener los privilegios de las empresas de servicio público. (Sentencia de 6 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Jurisdicción Coactiva. Actor: Tesorero Municipal de Paipa contra "Electrificadora de Boyacá S. A."). (Ver Nos. 42 y 77 del índice ... 435

42. EXENCION DE IMPUESTOS.

Electrificadora de Boyacá S. A.— Sin las pruebas suficientes no es posible determinar como afirma el excepcionante que la sociedad cuya estructura, características y finalidades se desconocen es una sociedad de carácter oficial o una empresa industrial del Estado. Es muy frecuente que las empresas industriales y comerciales del Estado celebren contratos que se rigen por las normas del derecho civil y que no tienen ninguno de los privilegios que caracterizan los contratos administrativos, ni sus bienes están amparados por exenciones especiales creadas a favor de los bienes de las entidades de derecho público, como ya se anotó. Como conclusión de todo lo dicho tenemos que la falta de prueba sobre la existencia de la sociedad hace imposible a esta jurisdicción determinar si los bienes de la Electrificadora de Boyacá S. A., están amparados con la exención del impuesto predial alegada por el excepcionante; aparte de que frente a las disposiciones de la Ley 29 de 1963, hay por lo menos la duda de si las exenciones existentes con anterioridad a ella tienen vigencia actual o deben ser ahora renovadas o concedidas por los concejos. (Sentencia de 6 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Jurisdicción Coactiva. Actor: Tesorero Municipal de Paipa contra Electrificadora de Boyacá S. A.). (Ver Nos. 41 y 77 del índice) 435

43. EXPENSAS O GASTOS DEDUCIBLES.

Páginas

Son aquellos que tengan ciertamente el carácter de indispensables, necesarios, imprescindibles y normales, lo que excluye toda idea de simple utilidad o conveniencia en los mismos porque si indiscriminadamente se aceptasen toda clase de expensas, desde luego no faltarían en ninguna declaración aun las que sin revestir el carácter de necesidad tienen sin embargo una incidencia de simple utilidad o conveniencia para el contribuyente. (Sentencia de 13 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: First National City Bank of New York. Consulta de la sentencia de 25 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción de revisión de impuestos). (Ver Nos. 52 y 53 del índice) ... 407

44. EXPROPIACIONES.

Hechas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Procedimiento a seguir.— Si la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá tiene expresa facultad legal para expropiar bienes con destino a finalidades que hayan sido legalmente declaradas de interés público o social, puede proceder así, teniendo en cuenta la finalidad de la expropiación: a) Si se trata de construir vías de comunicación y de adquirir fajas o zonas de terreno rurales de 100 hectáreas y de $ 20.000.00 de precio según avalúo catastral realizado legalmente, y vigente, el procedimiento de indemnización se regirá por lo dispuesto en el Decreto 2895 de 1963; b) Si se trata de la misma finalidad anterior pero de fajas o zonas menores de la extensión y precio mencionados, debe aplicarse supletoriamente el Decreto 407 de 1949, es decir, que deberá consignar el valor del avalúo catastral hecho legalmente y vigente, más un 20% del mismo; y c) Si se trata de ocupar zonas de terrenos baldíos mejoradas por sus respectivos poseedores o adjudicatarios, puede proceder según las reglas del Decreto 547 de 1947, en cuanto no está obligada a pagar indemnización por el terreno mismo sino sólo por dichas mejoras avaluadas como se ha dicho. (Concepto de 14 de julio de 1969 sobre normas aplicables a expropiaciones hechas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Guillermo González Charry). Su publicación fue autorizada mediante oficio Nº 08252 de 27 de agosto de 1969, del señor Ministro de Agricultura. (Ver Nº 11 del índice) 14

45. EXTINCION DEL DOMINIO.

En predios que salieron del patrimonio del Estado.— Al dominio eminente no renuncia nunca el Estado, como no puede renunciar al ejercicio de su soberanía; y por eso cualesquiera sean los títulos de adquisición del particular, y así sea el tradente el Estado mismo, el ejercicio del derecho de propiedad no puede quedar sustraído a los ordenamientos de las superestructuras legales. Por eso existen el régimen de la expropiación y el de la extinción del dominio. La declaratoria de extinción no se opone a que el inmueble haya salido del patrimonio del Estado, ni surte propiamente los efectos de la

Páginas

condición resolutoria estipulada en un pacto. Ella es un acto de soberanía que se cumple por un procedimiento reglado, dentro del cual ha debido operar la demostración de que un inmueble no ha cumplido con la función que a la propiedad asigna la Carta, no importando ni el título de adquisición ni el tradente. En los términos del artículo 3º de la Ley 200 de 1936, acreditan propiedad privada tanto los títulos inscritos otorgados entre particulares, y en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, como el título originario expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal. En el caso de autos, y al tenor de la disposición mencionada, tanto los títulos otorgados por particulares como el otorgado por el Estado acreditan la propiedad en cabeza de la sociedad demandante; pero es precisamente por haberse comprobado este presupuesto fundamental por lo que la administración pudo hacer la declaratoria de extinción del dominio a que dan lugar las disposiciones de los artículos 6º de la Ley 200 antes citada, 3º, 6º, 22 y siguientes de la Ley 135 de 1961. (Sentencia de 28 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: The Carmen Valley Gold Mines Limited, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 3020 de 1964 expedida por el Gerente del INCORA y las resoluciones aprobatorias de ella) 182

F

46. FACULTAD IMPOSITIVA.

Del INDERENA.— Dentro del orden jurídico normal la rama ejecutiva del poder público carece de facultades impositivas. Y si ello se predica del Gobierno, más clara resulta aún esa tesis en tratándose de organismos descentralizados de la administración, como lo es el INDERENA, pues ellos en realidad ejercen atribuciones propias del ejecutivo por procedimientos más ágiles y técnicos que los ordinarios y no pueden tener, por ende, mayores o mejores facultades que el mismo Presidente de la República. Carece pues por este aspecto de todo fundamento la Resolución Nº 81 de 1969 dictada por el Gerente General del INDERENA, ya que, de otra parte, la simple inclusión dentro del patrimonio del INDERENA del "valor de los derechos que se establezcan para las concesiones, licencias y permisos de aprovechamiento de recursos naturales renovables" a que alude el artículo 28, ordinal e) del Decreto 2420 de 1968, no autoriza en forma alguna al Instituto para fijar el monto de esos derechos y, menos aún, cuando en casos como el presente ellos equivalen jurídicamente a un impuesto. (Sentencia de 18 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: Osvaldo Rengifo, en acción de nulidad de la Resolución 81 de 1969, dictada por el Gerente General del INDERENA). (Ver Nº 70 del índice) 204

47. FALSA MOTIVACION.

No siempre implica la nulidad del acto administrativo.— Cree la Sala que es necesario determinar, en cada caso concreto, cuál fue

Páginas

el origen de la falsa o errónea motivación; precisar si ella es un simple pretexto de la administración para tratar de dar la apariencia de validez a un acto que, de otra manera, sería claramente ilegal; e indagar cuáles han sido los motivos reales de la decisión adoptada mediante el acto que se acusa. Es claro que si la falsa motivación, aducida por la administración, atenta contra el honor del empleado destituido, contra su reputación o su decoro; si esa motivación —por implicar un concepto desfavorable— impedirá, más tarde la reincorporación del empleado al servicio público; en una palabra, si esa motivación vulnera el patrimonio moral o económico del funcionario (independiente del lucro cesante, que es la contingencia a que está sujeto todo empleado de libre remoción), es claro, se repite, que entonces el acto administrativo adolece de un vicio capital y debe ser anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Sentencia de 25 de agosto de 1969; Sala Plena. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín. Actor: Carlos Arturo Ortiz Rodríguez, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 1997 de 1964, proferida por el Gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos). Nota: La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala Plena por tratarse de un cambio de jurisprudencia. (Ver Nos. 37 y 67 del índice) 156

48. FARMACIAS Y DROGUERIAS.

Servicio continuo.— El servicio continuo de farmacias y droguerías que estableció el Decreto 2169 de 1949 y que lleva justamente veinte años de vigencia constituye, es verdad, una actividad privada pero que participa y en forma protuberante de la calidad de servicio público. Quienes en tales actividades se comprometen, adquieren por ese solo hecho obligaciones inherentes a la prestación del servicio público que en este caso comparten con la administración, puesto que se trata de servicios que, adscritos al Estado, pueden prestarse con la colaboración de los particulares; tal el de la asistencia pública. Ciertamente, imposible sería considerar la salud como una mercancía, ni equiparar las farmacias y droguerías a expendios de telas o calzado desprovistos del hondo sentido social y humanitario que conlleva el servicio público de la salud. Despojándolo, empero de esa calidad especialísima, hipotéticamente, también cabría considerar que tiendas en donde se expenden víveres o carnes, por ejemplo, deben llenar requerimientos indispensables de higiene, asepsia y conservación cuyos costos y expensas corren necesariamente por cuenta de los particulares a pesar de que la higiene, como la asistencia pública, es función del Estado. (Auto de 4 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero sustanciador: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: César Castro Perdomo, en acción de nulidad contra los artículos 1º, 2º, 3º, del Decreto 2169 de 1949). (Ver Nos. 9 y 24 del índice) 280

I

49. INCENTIVOS TRIBUTARIOS.

Para industrias nuevas.— Con la finalidad de canalizar las inversiones hacia renglones que fomenten la producción de mercancías

Páginas

de primera necesidad, para sustituir importaciones y diversificar las exportaciones, el legislador de 1960 a través de la Ley 81 de ese año estableció incentivos tributarios que comprenden exenciones al impuesto sobre la renta hasta del ciento por ciento para todas las industrias básicas indispensables para el desarrollo económico del país. Entre las industrias beneficiadas relacionó expresamente las complementarias a la producción de hierro que en más de un 50% utilicen en su proceso de transformación artículos de Acerías Paz del Río (Art. 114). La exención la extendió a los socios de las sociedades comerciales en el caso de industrias nuevas, porque el legislador consideró que las personas naturales al vincular su capital a una actividad económica sin antecedentes técnicos ni comerciales corre un riesgo que no debía aumentarse con impuestos y que era necesario compensar con mayores incentivos (Art. 112). (Sentencia de 18 de diciembre de 1969. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Industria de metales Imetal Ltda. Acción de plena jurisdicción contra el artículo 2º de la Resolución 803 de 1966 del Ministerio de Desarrollo). (Ver Nº 51 del índice) 135

50. INCOMPETENCIA.

De la administración para resolver un recurso cuando se ha operado el fenómeno del silencio administrativo.— Aunque la doctrina ha tenido algunas vacilaciones sobre el particular, nuestro concepto sobre este punto es el siguiente: el interesado puede no hacer uso de la facultad que le otorga el silencio administrativo y esperar a que la administración se pronuncie sin que tenga peligro de caducidad de la acción ante el contencioso porque mientras el asunto está para la decisión de las autoridades administrativas, a éstas corresponde la carga del impulso procesal y no a los ciudadanos. Pero si el actor una vez vencido el tiempo que la ley señala para que se configure el fenómeno del silencio, acude a la jurisdicción contenciosa, es claro que la administración pierde ya su competencia para pronunciarse y le está vedado tomar cualquier decisión, en virtud de que tal competencia se ha desplazado hacia la autoridad jurisdiccional quien actúa partiendo de la presunción establecida por la ley (Decreto 2733 de 1959, Art. 18) de que se ha agotado la vía gubernativa con decisión negatoria pasado un mes de interpuestos los respectivos recursos o peticiones. (Ver Nº 88 del índice) 262

51. INDUSTRIAS NUEVAS.

Decretos aclaratorios.— El criterio adoptado para determinar si una industria es nueva al decir que por tal debía entenderse la que elabore artículos no producidos en el país o fabricados pero en cantidad notablemente inferior a la requerida para los consumos nacionales fue acertado pues no sometió al funcionario encargado de la calificación a una regla mecánica o inflexible, sino que se limitó a darle una pauta para dar una solución adecuada en cada caso concreto y siempre dentro del espíritu general de la ley que es el de conseguir la implantación en Colombia de industrias que fomenten la producción de mercancías de primera necesidad para susti-

Páginas

tuir importaciones y diversificar las exportaciones. Tal criterio fue modificado y no simplemente aclarado por el Decreto 1731 de 1966 al decir que por industria nueva se considera la que elabora productos fabricados en Colombia pero cuando la proporción entre la producción y el consumo no exceda del 50%. Y modificó y no simplemente aclaró la anterior norma porque la diferencia entre la producción y el consumo puede ser notable aun excediendo del 50%. Para el caso presente, la Sala quiere rectificar el concepto de que puesto que el Decreto 1731 de 1966 es aclaratorio del 1393 de 1961 está contenido en éste y puede aplicarse para resolver situaciones anteriores sin violar el principio de la irretroactividad. Bien es cierto que tanto el artículo 14 del Código Civil como el 58 del Código de Régimen Político y Municipal establecen que las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes se entienden incorporadas en éstas y tienen efecto desde la promulgación de la ley interpretada. Pero acontece que la facultad de interpretación auténtica sólo la tiene el Congreso Nacional, en virtud de la atribución constitucional del artículo 76, numeral 1º, de la Carta. Además, para que una ley pueda calificarse de interpretativa debe limitarse a declarar el sentido de una anterior pues si contiene normas nuevas pierde tal carácter. Resulta indudable que la nueva regla establecida por el Decreto 1731 de 1966 para calificar si una industria es nueva debe aplicarse es a las que se establezcan con posterioridad al mismo decreto, pero de ninguna manera para las que se fundaron con base en las normas del Decreto 1393 de 1961, cuya calificación debe ser resuelta con sujeción a las prescripciones de éste. (Sentencia de 18 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Industria de Metales Imetal Ltda. Acción de plena jurisdicción contra el artículo 2º de la Resolución 803 de 1966 del Ministerio de Desarrollo). (Ver Nº 49 del índice) 135

52. IMPUESTOS.

Son ordinarios para una empresa los gastos que se realicen para la valoración del good will? Se trata de un gasto necesario o simplemente útil?— Para responder a esos interrogantes es necesario hacer un análisis somero de lo que es el good will y de la manera como juega frente al problema tributario, aparte de las incidencias que pueda tener en la marcha de cualquier empresa o negocio. Entre los bienes incorporados al patrimonio de un contribuyente están los llamados intangibles más comúnmente conocidos con el nombre de good will. Desde el primitivo concepto que corresponde exactamente a las palabras inglesas "buena voluntad", multitud son las definiciones que se han dado de esta especialísima concepción del haber patrimonial. En toda empresa hay un capital invertido, cuyos elementos son valorables y tangibles y que corresponden a la noción común que los economistas suelen dar de patrimonio; ese capital en circunstancias normales suele dar una utilidad común, ordinaria, similar a la que producen capitales dedicados a la misma empresa o negocio. Pero puede presentarse el fenómeno de que un capital produzca utilidades que sobrepasen a las normales, es decir que se obtengan superutilidades que comparadas con las que ordinaria-

Páginas

mente obtienen empresas similares no se explican por lo que normalmente debe producir un capital en el juego ordinario del mercado. Entonces se habla de la presencia de factores múltiples que influyen en las superutilidades los cuales se denominan genéricamente intangibles o good will y que son apreciables en dinero. Este good will no sólo desde el punto de vista económico sino desde el punto de vista tributario forma parte del patrimonio de los contribuyentes y su reconocimiento contribuye no al beneficio del fisco sino de los mismos contribuyentes. Ahora bien: con qué fin se realiza el avalúo del good will para fines tributarios? Indudablemente que la finalidad esencial y pudiéramos decir que única de ese avalúo es la de evitar el impuesto de exceso de utilidades o al menos reducirlo de manera considerable y por eso mismo anotábamos cómo ese intangible tiene valor para el contribuyente mas no para el fisco. Esta operación no es de las que normalmente se presentan en la actividad de una empresa o negocio; por el contrario, se trata de algo esporádico, extraordinario y ocasional y por lo mismo no puede en forma alguna sostenerse que los gastos realizados en el avalúo de los intangibles, puedan considerarse dentro de las expensas ordinarias causadas durante el año gravable a que se refiere el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario 818. (Sentencia de 13 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: First National City Bank of New York. Consulta de la sentencia de 25 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción de revisión de impuestos). (Ver Nos. 43 y 53 del índice) 407

53. IMPUESTOS.

Los gastos necesarios para la valoración del good will no son deducibles.— Indudablemente que la finalidad esencial y pudiéramos decir que única de ese avalúo es la de evitar el impuesto de exceso de utilidades o al menos reducirlo de manera considerable y por eso mismo ese intangible tiene valor para el contribuyente mas no para el fisco. Ocurre que cuando un determinado negocio está produciendo superutilidades que no corresponden al capital invertido acude a la División de Impuestos Nacionales a fin de que se avalúen los bienes intangibles o good will con el objeto de que unidos éstos al valor de los activos tangibles formen un capital frente al cual ya las utilidades no se presentan como excesivas, por lo menos en parte considerable de ellas. Esta operación no es de las que normalmente se presentan en la actividad de una empresa o negocio; por el contrario, se trata de algo esporádico, extraordinario y ocasional y por lo mismo no puede en forma alguna sostenerse que los gastos realizados en el avalúo de los intangibles puedan considerarse dentro de las expensas ordinarias causadas durante el año gravable a que se refiere el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y su Decreto reglamentario 818. Por otro aspecto tampoco puede sostenerse válidamente que dichos gastos tengan el carácter de necesarios para el funcionamiento del negocio porque cuando más pueden considerarse como convenientes o útiles ya que van a incidir necesariamente en un menor valor de los impuestos y por lo mismo tienen más el carácter de

Páginas

conveniencia que de necesidad. De otro lado, los intangibles constituyen un capital que juega en el mercado, que puede venderse y que se agrega al valor de los activos tangibles para constituir el patrimonio de una empresa; entonces, los gastos que sean necesarios para la concreción o evaluación de ese capital ni tienen ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista tributario el carácter de expensa sino que ellos mismos constituyen una inversión cuyos resultados benéficos para la empresa la hacen altamente conveniente. No habría entonces razón para que al obtener una ventaja patrimonial como es la que resulta del avalúo de los intangibles se pretenda al mismo tiempo deducir el monto de lo invertido en lograrlo como si se tratare de aquellas expensas necesarias u ordinarias que sí pueden deducirse al determinar el monto de la renta líquida gravable. (Ver Nos. 43 y 52 del índice) 407

54. IMPUESTO A LAS VENTAS.

Artículos exentos.— El efecto teórico y práctico del Decreto 2807 de 1966, que es reglamentario, fue el de excluir de la exención del impuesto a las ventas los productos fabricados por las empresas departamentales a los que se había otorgado la gracia de la exención por medio del Decreto legislativo 1595 de 1966, convertido en ley permanente. En pocas ocasiones resulta tan flagrante la desviación de poder con el pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria. Por consiguiente la deducción natural no reclama doctrinas distintas a las muy antiguas abundantes y repetidas por el Consejo de Estado en lo atinente a los límites de la potestad reglamentaria con el pretexto de cuyo ejercicio no pueden ser derogadas las leyes. (Sentencia de 30 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero proponente: doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Ignacio Chiappe Lemus. Nulidad del literal b) del artículo 10 del Decreto 2807 de 1966) 75

55. IMPUESTOS.— DEDUCCION POR REGALIAS.

Pagadas al exterior.— El legislador no limitó la deducción a la renta bruta por concepto de regalías pagadas al exterior a la cuantía autorizada por el comité creado por el artículo 6º del Decreto 688 de 1967, como lo dispuso el Gobierno en el parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto 154 de 1968, por lo que ciertamente extralimitó las facultades del artículo 120 de la Constitución Nacional y se impone declarar su nulidad. (Sentencia de 4 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Carlos Urrutia Holguín. Nulidad del parágrafo 3º del artículo 13 del Decreto 154 de 1968) ... 94

56. IMPUESTOS.

Retención en la fuente.— Corresponde a los dictados de la experiencia y de la lógica entender que el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963 sólo autorizó al Gobierno para que estableciera sistemas de retención del impuesto en la fuente cuando se tratara de recau-

Páginas

darlo en el momento mismo de percibirse las rentas sujetas a pagarlo, pero no cuando se buscara obtener un anticipo tributario a través del incremento del monto de la liquidación privada correspondiente a un año anterior, como buena cuenta de un tributo que nadie estaría en capacidad de predecir si se causará o no; si tendrá el mismo valor de ese incremento o quizás más bajo, pues todo ello depende de un futuro inescrutable. Si no puede llamarse de retención en la fuente el sistema para el recaudo del impuesto sobre la renta mediante el incremento del monto de las liquidaciones privadas correspondientes a un año anterior, que establecen y desarrollan las normas que impugna el actor, fácil resulta comprender que violan lo estatuido por el artículo 6º del Decreto-ley 3190 de 1963 y, por lo mismo, exceden la potestad reglamentaria. Cabe observar, que en el artículo 6º el propio Gobierno, como legislador accidental y transitorio, se concedió a sí mismo atribuciones de carácter permanente o duración indefinida para regular lo relativo a retenciones en la fuente. Como es claro, esas atribuciones de segundo grado o derivativas, tendrían un término más largo que el de las principales, circunstancia que no se compadece con los preceptos de la Constitución, ya que semejantes facultades no habría podido conferírselas al Gobierno ni siquiera el Parlamento, como legislador primario y soberano del país, porque el artículo 76, ordinal 12, de la Carta le exige a este último que al conferirle facultades extraordinarias al Presidente de la República, lo haga en forma temporal y para reglar materias precisa y expresamente determinadas en la ley que conceda tales facultades. (Sentencia de 13 de noviembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: James W. F. Raisbeck. Nulidad del Decreto 320 de 1969). (Ver Nº 81 del índice) 90

57. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Exención por vacaciones.— Al reducir la exención por vacaciones al salario de 15 días, como lo dispuso el Director de Impuestos Nacionales en la circular 10012 de 1968, infringió de manera directa y ostensible la norma del artículo 15, numeral 8º de la Ley 63 de 1967, ya que le dio una interpretación que choca abiertamente contra su tenor literal, claro y expreso. La violación de la norma citada trae consigo el desconocimiento y el agravio de intereses legítimos de los particulares, reconocidos por las siguientes normas superiores, entre otras: Los artículos 186 y 310 del Código Sustantivo del Trabajo, que reconocen a los trabajadores particulares 15 días hábiles de vacaciones remuneradas por cada año de servicios, lo cual implica que en cualquier evento la renta exenta por concepto de vacaciones valdrá más de los quince días de salario a que se refiere la circular. El artículo 82 de la Ley 126 de 1959, vigente en la fecha del oficio-circular y sustituido luego por el artículo 108 del Decreto-ley 3071 de 1968, que concede a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares 20 días por cada año de servicio y 30 días cuando los servicios son prestados en el teatro de operaciones en conflicto internacional. El artículo 64 del Decreto-ley 465 de 1961, sustituido por el artículo 86 del Decreto-ley 3072 de 1968, que conceden a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional 30 días de vacaciones por cada año de

Páginas

servicio. El Decreto legislativo 3664 de 1950, adoptado como ley por la 141 de 1961, que señala los días de vacaciones judiciales así: los de fiesta nacional, los domingos, los de fiesta católica de guardar, los de semana santa y los comprendidos en el lapso del 20 de diciembre al 10 de enero inclusive, todos los cuales están exentos del impuesto sobre la renta. (Sentencia de 17 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Juan de Dios Ospitia, en acción de nulidad contra el numeral 30 del oficio circular 10012 de 8 de mayo de 1968 de la División de Impuestos Nacionales). (Ver Nº 96 del índice) 145

58. INVERSIONES FORZOSAS Y ADMISIBLES.

Sociedades de capitalización. Interpretación del artículo 7º del Decreto 1691 de 1960.— El ejecutivo en ejercicio de facultades que le confirió la Ley 130 de 1959 expidió entre otros el Decreto-ley 1691 de 1960 por el que revisó y modificó el régimen de inversiones de las sociedades de capitalización, dividiendo las inversiones que podían hacer en *admisibles y obligatorias*. La base para establecer el cuarenta por ciento de inversión forzosa es el valor de las reservas técnicas menos el valor de los préstamos con garantía de títulos, y no el total de las reservas sin deducción alguna. La pretensión de la Capitalizadora Grancolombiana de modificar la base de liquidación obedece al error de estimar los préstamos con garantía de títulos como inversiones obligatorias, ya que esos préstamos no tienen el carácter de inversión forzosa sino el de inversión admisible, como expresamente estableció el artículo 4º del mismo decreto que en su numeral tercero los clasifica. De tal suerte que si se interpreta el artículo 7º del Decreto 1691 de 1960 como lo quiere la Capitalizadora Grancolombiana, quedaría sin cumplimiento tal ordenamiento legal, puesto que el cuarenta por ciento de la reserva técnica lo absorberían los préstamos con garantía de los títulos, que ya se vio no son inversiones obligatorias sino simplemente admisibles. (Sentencia de 17 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Capitalizadora Grancolombiana S. A. Juicio de nulidad de la decisión tomada por la Superintendencia Bancaria, contenida en los oficios DC-8586 de 1966 y 4681 de 1967). (Ver Nº 89 del índice) 159

J

59. JORNADA MAXIMA DE TRABAJO.

Decrétase la nulidad del numeral 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario Nº 995 de 26 de junio de 1968, en cuanto establece que las Direcciones Regionales del Trabajo podrán autorizar excepciones a la duración máxima de trabajo; en cuanto al carácter temporal de tales excepciones; en cuanto al límite de dos horas diarias en que se permite exceder la jornada máxima de trabajo y en cuanto que el tiempo autorizado en total durante el año calendario no podrá

Páginas

exceder, en ningún caso, de trece semanas. (Sentencia de 26 de noviembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín. Actor: Carlos del Castillo, en acción de nulidad contra el artículo primero del Decreto 995 de 1968) 273

60. JUICIOS DE IMPUESTOS.

Su naturaleza.— La naturaleza propia del juicio especial de impuestos no permite discutir dentro de él una supuesta responsabilidad de la Nación por actos, hechos u omisiones de sus agentes que dañen o perjudiquen a los particulares en sus personas o en su patrimonio, ni tampoco permite esclarecer si algunos bienes o algunos derechos constituidos sobre ellos pertenecen o no al patrimonio nacional. Simplemente se puede esclarecer en este juicio cuál es el monto definitivo de la suma con que una persona determinada debe contribuir a las cargas públicas de la Nación, el departamento o el municipio, de acuerdo con las respectivas normas tributarias. De ningún modo puede pensarse entonces que un juicio referente a impuestos nacionales constituya realmente un proceso judicial contra la Nación ya que es apenas un medio jurídico establecido por el legislador para dirimir ante un organismo distinto de la propia administración la discrepancia que exista entre las autoridades de impuestos y el contribuyente sobre la cuantía de un gravamen. Tan es así que la actuación culmina con un fallo que ordena devolver lo cobrado en exceso o, al contrario, declara que la liquidación gubernativa se ajustó a derecho. Pero nunca se llega a una sentencia de condena o de absolución, en el sentido que los procesalistas les dan a estas palabras. (Auto de 8 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: Alberto Díaz Soler, en acción de revisión de impuestos). (Ver Nº 25 del índice) 405

L

61. LEY LABORAL.

Aplicación inmediata. Artículo 4º de la Ley 4ª de 1966.— La disposición del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene aplicación en el caso de liquidación de pensiones de jubilación causadas dentro de la legislación anterior a la Ley 4ª de 1966 aunque su reconocimiento se haga dentro de su vigencia. De conformidad con la doctrina consagrada en el artículo 16 del citado Código, la disposición de la Ley 4ª produce efecto general inmediato pero no tiene efecto retroactivo. (Concepto de 4 de julio de 1969 sobre la aplicación de la Ley 4ª de 1966 y las funciones propias de la Contraloría General de la República. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alberto Zuleta Angel). Su publicación fue autorizada mediante oficio Nº 29199 de 15 de julio de 1969, del señor Ministro de Educación Nacional. (Ver Nº 27 del índice) 9

62. LOTERIAS.

Páginas

Impuesto del 2%.— Los tres primeros artículos del Decreto 307 de 1940 violan la Ley 143 de 1938 reglamentada, por estos aspectos: a) Al exigirse en el artículo 1º que las gerencias o administraciones de las loterías consignen el impuesto del 2%, lo mismo que el de la Ley 12 del 32 "antes de la verificación de cada sorteo"; b) Al disponerse en el artículo 2º que las autoridades que deben otorgar el permiso para los sorteos "no lo podrán dar mientras no se les presente el comprobante de haber consignado en la administración nacional" el valor de los dos impuestos aludidos. Resulta aquí un nexo indudable y claro entre el artículo 1º que exige la consignación y el 2º que prohibe otorgar el permiso sin el comprobante de la misma; c) Como consecuencia de lo anterior el artículo 3º viola la ley en cuanto da una pauta a seguir por los empleados de hacienda nacional para la expedición de los recibos. El aspecto aquí es más adjetivo pero hay que aceptar indudablemente que si los dos primeros artículos violan la ley, el 3º por lo menos indirectamente también lo hace puesto que es consecuencia natural de los anteriores. Es de advertir que el impuesto creado por el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932, fue subrogado por la Ley 1ª de 1961, luego quedó sin efecto respecto al mismo lo establecido en los artículos 1º y 2º del Decreto 307 de 1940. Igualmente el Decreto 057 de 27 de enero de 1969, no hace otra cosa que adoptar el mismo procedimiento vedado del Decreto 307 de 1940, sólo que aquí la violación aparece más visible, más clara y protuberante dados los términos de la ley reglamentada por lo menos en lo que se refiere a las loterías que son administradas por las beneficencias y ello por la sencilla razón de que la Ley 33 de 1968 remite a las condiciones de los artículos 2º y 3º de la Ley 1ª de 1961, y el ordinal 2º de esta ley es muy enfático al determinar que el impuesto debe ser retenido por las loterías y entregado después de efectuado el pago de los premios y además que sólo podrá ser percibido en caso de que tales premios queden en poder del público. El 2% del impuesto a que se refiere el artículo 2º de la Ley 143 del 38 será retenido por las loterías y entregado a las entidades competentes, después de efectuado el pago de los premios. En otras palabras: las gerencias o administraciones de las loterías, según la ley sustantiva no están en la obligación de consignar el valor de tal impuesto antes de los sorteos. (Sentencia de 31 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Alberto Arias Gutiérrez en acción de nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 307 de 1940 y del literal a) del artículo 2º del Decreto 057 de 1969) 77

M

63. MARCAS Y PATENTES.

Es necesario agotar la vía gubernativa para poder acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.— En el caso concreto del ejercicio de la acción de mera nulidad contra actos administrativos relacionados con el registro de marcas y la expedición de patentes,

Páginas

sea por motivos de nulidad intrínsecos o por razones de ilegalidad formal porque la ley no distingue, es imperioso agotar de antemano el trámite gubernativo ordinario, porque así lo exige de modo expreso y perentorio el artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964. Ante lo dispuesto claramente por los artículos 71 del Código Contencioso Administrativo y por la norma que acaba de citarse, no cabe la menor duda en cuanto a que sin el previo agotamiento de la vía gubernativa no radica competencia en el Consejo para dirimir una controversia sobre nulidad del acto que concede una patente y que, por ende, el procedimiento adelantado sin el cumplimiento de aquella formalidad sustancial no permite proveer en el fondo sobre las súplicas concretas del libelo. (Sentencia de 23 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Alvaro Poveda Rodríguez. Nulidad de la resolución de 26 de octubre de 1967, proferida por el Director y el Jefe de Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento por la cual se concedía una patente). (Ver Nº 68 del índice) 114

N

64. NATURALEZA JURIDICA.

De la entidad "Circuito Eléctrico de Oriente S. A."— Régimen aplicable.— No hay en autos constancia de que se hubiera realizado la condición prevista en los incisos 2º y 3º del artículo 45 del Decreto 3130 de 1968 en relación con esta entidad y por lo mismo, y aunque por la analogía que ha pretendido establecer el *a quo* se quisiera aplicar al ente intermunicipal mencionado, el régimen que los Decretos 1050 y 3130 de 1968 vinieron a consagrar para las entidades descentralizadas del orden nacional, se interpondría el hecho de que la sociedad demandada está "funcionando" bajo unas normas distintas. Estas son las contenidas en la Ley 151 de 1959. Según esta ley son parte de la administración pública las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada; lo que quiere decir que lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, y que pueden reputarse por tales las asociaciones, institutos y organismos en que la Nación, los departamentos, los municipios u otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento o más del patrimonio de la respectiva empresa o institución. Así aparece configurada la empresa "Circuito Eléctrico de Oriente S. A." sin que le quite el carácter de parte de la administración pública, según los términos de la ley antes mencionada, el hecho de que hubiera adoptado como forma de administración la de la sociedad anónima, según la escritura de constitución. Hasta la expedición de los decretos a que anteriormente se hizo referencia, la expresión "establecimiento público" era un término genérico para designar la descentralización por servicio, y no estaba prohibida, como lo está hoy por lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 1050, la asociación de entidades de tal índole. En la utilización de aquella denominación genérica influyó indudablemente el concepto de que "el establecimiento público es un servicio público especial personifi-

Páginas

cado", según la definición de Hauriou; y al aceptarse que las entidades descentralizadas pudieran constituir sociedades, no se veía inconveniente en que un estatuto contractual se combinara con un estatuto reglamentario institucional, desde que se diera la debida prevalencia al último. Si una persona es parte de la administración pública, y se repite que la Ley 151 de 1959, no distinguía entre establecimiento público y empresas del Estado, está sujeta a un régimen de derecho público, y en consecuencia, el conocimiento de las acciones de responsabilidad por sus omisiones, actos o hechos corresponde a la jurisdicción especial administrativa. (Auto de 11 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Pablo E. Pérez y otro. Indemnizaciones. Responsabilidad extracontractual). (Ver Nº 40 del índice) 385

65. NOMBRES COMERCIALES.

El Decreto 1707 de 1931 es un decreto reglamentario y como tal no podía establecer clases con cuestiones no previstas en la ley, pues del texto mismo del artículo 2º de la Ley 94 de 1931 se deduce con toda claridad que el Gobierno no está facultado sino para formar las clases según la naturaleza de los artículos o manufacturas a que se destine el registro en cuanto hace a las marcas de fábrica, comercio o agricultura. (Sentencia de 1º de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Germán Feged en acción de nulidad contra el artículo 6º del Decreto 1707 de 1931). (Ver Nº 78 del índice) 69

66. NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Por falta de notificación.— La Sala cree conveniente precisar que un acto administrativo no es nulo en sí mismo por la falta de notificación, aun cuando ésta sea de imperioso cumplimiento. Igual puede decirse de la falta de promulgación. Una cosa es que para que entre a regir aquel acto sea necesaria, bien la previa publicación o la notificación y otra que el acto haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (Art. 62 del C. C. -A.) o en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere (Art. 66 ibídem). En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contencioso administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición legal que permita la anulación del acto por no haber sido notificado o publicado. La razón es obvia: un acto administrativo dictado por quien tiene competencia para hacerlo, sin abuso de poder y sin violarse las normas superiores de derecho, es un acto administrativo correctamente dictado. En sí mismo no envuelve ninguna irregularidad si hay que notificarlo y no se notifica, cuando más puede aceptarse que no rige antes, pero no que sea nulo; y las aplicaciones que hubiere tenido serían motivo de cualquiera otra acción menos de la de nulidad, o sea que lo demandable sería un hecho de la administración basado en un acto que no podía regir. (Auto de 21 de noviembre

Páginas

de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Herederos de Carlos Vélez Pombo. Suspensión provisional de la Resolución de 4 de febrero de 1969, de la Gobernación de Bolívar). Nota: La anterior tesis sostenida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo respecto de la nulidad de los actos administrativos por falta de notificación o promulgación, se encuentra en contradicción con lo afirmado por la Sección Cuarta sobre este mismo tema. (Ver Nº 93 del índice) 343

67. NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

No existe norma legal alguna que establezca concretamente como causal de nulidad del acto administrativo su falsa o errónea motivación. La única disposición que podría aducirse, como base de la doctrina sobre la falsa motivación, es el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que dice: "Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados", es decir, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. "Esta acción —agrega la norma— se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por esos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, *o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere*" (subraya la Sala). Es claro que la falsa motivación no puede identificarse con la expedición irregular del acto, pues tal causal de nulidad alude evidentemente al procedimiento adoptado por el funcionario o por la corporación respectiva y no al contenido mismo de la providencia administrativa. En esta forma, el apoyo de la doctrina sobre la falsa motivación sólo puede buscarse en el abuso o la desviación de las atribuciones del funcionario o la corporación, pero en este caso el demandante tendría que demostrar ese abuso o desviación y si la prueba no existe la acción no puede prosperar. (Ver Nos. 37 y 47 del índice) 150

68. NULIDAD DE PATENTES.

Dos clases de controversias pueden surgir de los trámites y actos relacionados con el registro de marcas o el otorgamiento de patentes. 1ª Aquellas en que se disputa la titularidad del derecho al uso y disfrute de la marca o la patente, o sea litigios entre particulares sobre una propiedad industrial, cuya decisión corresponde a los jueces civiles del circuito de Bogotá, por mandato del artículo 8º de la Ley 16 de 1968. 2ª Aquellas en que se impugna el registro de la marca o el acto de concesión de la patente, sea por motivos de nulidad intrínseca como los que establece el artículo 22 de la Ley 31 de 1925 para las patentes, o sea por haberse incurrido en violación de textos legales al registrar la marca o al expedir la patente. De dichos asuntos conoce el Consejo de Estado, conforme lo prevé el artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964. Los actos de esa última especie pueden ser demandados por vía de simple nulidad o de plena

Páginas

jurisdicción, ya que al respecto la doctrina del Consejo se ha pronunciado en el sentido de que no es la naturaleza del acto impugnado sino el móvil que tenga el demandante, el elemento que debe tenerse en cuenta para calificar la naturaleza de la acción incoada. Aunque por regla general no es necesario cumplir ningún trámite previo ante la administración para acudir ante el contencioso a demandar la simple nulidad de cualquiera de los actos a que se alude en los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, es lo cierto que debe cumplirse con aquel requisito cuando la ley lo establece o lo exige expresamente para hipótesis determinadas. Así se desprende de lo estatuido en el artículo 71 del mismo Código. En el caso concreto del ejercicio de la acción de mera nulidad contra actos administrativos relacionados con el registro de marcas o la expedición de patentes, sea por motivos de nulidad intrínsecos o por razones de ilegalidad formal porque la ley no distingue, es imperioso agotar de antemano el trámite gubernativo ordinario, porque así lo exige de modo expreso y perentorio el artículo 5º del Decreto-ley 1819 de 1964. Se reafirman las anteriores consideraciones con la certidumbre de que, en presencia de la disposición del Decreto 1819 ha quedado la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa condicionada a que la administración decida previamente sobre la nulidad o validez de la patente no sólo porque ésta se expide sin que se haya examinado su novedad o utilidad, sino porque haya podido expedirse con un vicio de forma o con desviación de poder. Si, conforme a lo dispuesto por el Decreto 2974 de 1968, corresponde a la respectiva sección estudiar la caducidad y abandono de patentes y similares, qué mucho que ella misma estudie a petición de un particular, el aspecto de si alguna o algunas de estas patentes han sido expedidas por quien no tenía facultad para ello. (Sentencia de 23 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Nulidad de la Resolución de 26 de octubre de 1967, proferida por el Director y el Jefe de Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento. Actor: Alvaro poveda Rodríguez). (Ver Nº 63 del índice). 114

O

69. OFICINA DE CAMBIOS.

Facultades para conceder licencias a las empresas mineras extranjeras que extraen oro en el país.— La Oficina de Cambios no tiene un poder discrecional para conceder licencias, sino una facultad reglada. Puede autorizar giros para atender los pagos que enumera el Decreto 444 de 1967, artículo 4º, y en el caso del artículo 38 los que indica la resolución de la Junta Monetaria, pero apreciando cada gasto en su necesidad y su cuantía de acuerdo con las normas del estatuto que reglamentan específicamente las licencias y además, con las que señalan, como las del artículo 1º del Decreto 444 de 1967, las orientaciones y finalidades que deben guiar a los intérpretes y ejecutores del estatuto. Si el reglamento de la Junta Monetaria dispone por una parte que hasta el 50% del valor del oro

Páginas

pueden concederse divisas y por otra obliga a relacionar y justificar los gastos en moneda extranjera para obtener la licencia y a comprobar la inversión dada a los giros, la propia resolución está diciendo que las licencias que autorice la Oficina de Cambios pueden fluctuar según las necesidades de la empresa apreciadas por esta Oficina de acuerdo con las disposiciones legales, sin que puedan exceder en ningún caso del límite señalado. Las facultades de la Oficina de Cambios que se desprenden del estatuto y de la Resolución 17 de la Junta Monetaria no la habilitan para conceder licencias globales y automáticas por el porcentaje fijado como tope, sino la de proceder con base en la discriminación y justificación de gastos a que están obligadas las empresas y previo el análisis y calificación de cada uno de éstos, a otorgar las licencias que sean procedentes, por resultar económica y socialmente útiles como lo exige la ley. Por lo demás parece ser este el único procedimiento que permite un trato equitativo de las empresas extranjeras que extraen oro en el país, en razón de los gastos que demande la explotación, el reembolso de capitales y la remesa de utilidades. Sin estos factores de apreciación la Junta Monetaria podría fijar límites a la concesión de divisas que por restringidos resultaran desestimulantes o lesivos de la inversión extranjera o por lo exagerados contrarios a los intereses de la economía nacional. (Ver Nos. 18, 19, 20, 21 y 26 del índice) 23

70. ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS.

No tienen potestad para establecer impuestos en tiempo de paz. Al respecto, en el título III de la Constitución, relativo a los derechos civiles y garantías sociales, está el artículo 43 que sienta el principio de que en tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas y los concejos pueden establecer contribuciones. Y este principio aparece reforzado y complementado por los artículos 76, ordinal 14 y 210 de la misma Carta, que le atribuyen al Parlamento la facultad de decretar impuestos y de establecer el monto de las rentas nacionales. Ante disposiciones tan perentorias e inequívocas, no puede remitirse a duda que el constituyente quiso consagrar como garantía básica para todos los habitantes del país que dentro del régimen jurídico ordinario, que es distinto del marcial o del de anormalidad económica o social regulados por los artículos 121 y 122 de la Carta y que son por su propia naturaleza transitorios, solamente el legislador tenga la potestad de establecer tributos, es decir, pagos que forzosamente han de hacer los particulares para atender a las cargas públicas y sin derecho a esperar una contraprestación concreta y cierta por parte del Estado. Esta regulación constitucional en materia impositiva es inflexible y conduce a encontrar que en Colombia, dentro del régimen normal, solamente el Congreso es soberano para decretar contribuciones, ya que las asambleas y los concejos sólo pueden hacerlo dentro del marco de las autorizaciones legales, conforme lo enseñan los artículos 191 y 197, ordinal 2º, de la Carta. (Ver Nº 46 del índice) 204

P

71. PENSION.

Páginas

A viudas de congresistas. Requisitos.— El artículo 8º de la Ley 48 de 1962 no establece como condición para que las viudas de los miembros del Congreso tengan derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento de la pensión de que gozaban sus maridos, que éstos la hubieren obtenido en el ejercicio del cargo. Si el artículo 9º del Decreto reglamentario 1723 de 1964 exigió ese requisito, desbordó en este aspecto la ley reglamentada y como lo dice el Tribunal, no obliga su aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. (Sentencia de 2 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Belisario Arciniegas. Actor: María Guzmán vda. de Badel en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 1224 de 1966 de la Caja Nacional de Previsión Social) 178

72. PROMULGACION.

De los actos administrativos.— El solo hecho de que el acto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto que no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantía para los gobernados y que, aunque ello constituya delito, ponen en vigencia y exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados. La sola declaración que haga el Consejo en auto que no admita la demanda sobre inexistencia del acto acusado por falta de promulgación no, es suficiente para impedir que las autoridades le den aplicación y por eso se ha decidido adicionar y completar la doctrina en el sentido de que en tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defectos de forma. (Auto de 11 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Miguel Lleras Pizarro. Apelación del auto de 30 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Caldas que negó la suspensión provisional del Decreto 0042 de 1968, del Gobernador de este departamento). Nota: Esta providencia modificó la doctrina expuesta en sentencia de 29 de agosto de 1969, de la que fue ponente el doctor Jorge de Velasco Alvarez. (Ver Nº 35 del índice) 339

73. PROMULGACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Un acto administrativo no es nulo en sí mismo por falta de promulgación, aun cuando ésta sea de imperioso cumplimiento.— Una cosa es que para que entre a regir el acto sea necesaria la previa publicación y otra que el acto no publicado haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (Art. 62 del C. C. A.) o en forma irregular,

Páginas

o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere (Art. 66 ibídem). En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contencioso administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición legal que permita la anulación del acto por no haber sido publicado. La razón es obvia: un acto administrativo dictado por quien tiene competencia para hacerlo, sin abuso de poder y sin violarse las normas superiores de derecho, es un acto correctamente dictado. En sí mismo no envuelve ninguna irregularidad. Si hay que publicarlo y no se publica, cuando más puede aceptarse que no rige antes, pero no que sea nulo; y las aplicaciones que hubiere tenido serían motivo de cualquier otra acción menos de la de simple nulidad que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. (Sentencia de 29 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Fernando Londoño Hoyos, en acción pública contra la Resolución Nº 1 de 1969 dictada por el Comité de Regalías) ... 193

74. PROTECCION A LA LIQUIDEZ BANCARIA.

Si bien es cierto que la ley ha sido tradicionalmente celosa al precisar los límites intraspasables de la actividad bancaria a fin de que estos establecimientos se concreten a su objetivo natural de recibir depósitos y hacer préstamos con el propósito de impedir la iliquidez que podría resultar si sus fondos estuvieran invertidos en actividades o empresas no sólo arriesgadas sino de lenta realización, también es verdad que por razones de conveniencia económica ha autorizado que cierta parte de sus fondos se invierta en acciones de corporaciones financieras cuyas operaciones de crédito se otorgan a más largo plazo que las propias de los bancos comerciales, o en acciones de institutos de fomento como es el caso del Banco Central Hipotecario, o en fin, en las de los Almacenes Generales de Depósito. Los ejemplos anteriores enseñan que las limitaciones impuestas a las inversiones bancarias no tienen el propósito de prevenir los riesgos del monopolio sino de proteger la liquidez de los depósitos de la clientela. (Sentencia de 31 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: Almaviva, en acción de plena jurisdicción contra varios actos de la Superintendencia Bancaria). (Ver Nº 34 del índice) 72

75. PRUEBA TESTIMONIAL.

Situaciones que pueden presentarse.— La prueba testimonial consiste en el relato que una persona hace ante el juez de hechos de que ha tenido conocimiento directo o indirecto, prueba que debe ser analizada de acuerdo con las reglas de una sana crítica. Tres situaciones pueden presentarse: 1ª Que el deponente haya sido testigo presencial de los hechos que relata (ex propriis sensibus). 2ª Que manifieste lo que otra le ha relatado (ex auditu alieno); y 3ª Que exponga lo oído por rumor público. Según Gorphe (De la apreciación de las pruebas), solamente la primera clase de testimonio hace ver-

Páginas

dadera prueba, siempre y cuando se reúnan las condiciones subjetivas y objetivas necesarias para ser aceptada por el juez. No sobra agregar, como lo anota el profesor Rocha en su obra ya citada, que el testigo debe dar "razón de su dicho". La afirmación escueta de "me consta" no es suficiente; según el citado profesor "a más de ser en sí intrascendente, constituye un motivo tan mínimo de fundamento que estimula con facilidad el falso testimonio". La segunda situación atrás anotada que los tratadistas denominan "ex auditu alieno" no ofrece sino aproximaciones más o menos comprobables. "Es el más falaz y peligroso per se, y que según la doctrina de los artículos 698 y 699 del Código de Procedimiento Civil no prueba el hecho sino las palabras", (Rocha, obra citada). Finalmente, la declaración del testigo que depone "lo oído por rumor público", por ser vaga, sin origen cierto y conocido, no puede en ningún caso servir de prueba para demostrar la existencia o realización de un hecho. (Sentencia de 11 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Flor María Segura vda. de Echeverri. Indemnizaciones). (Ver Nº 80 del índice) 369

R

76. REAJUSTE DE PENSIONES.

A Embajadores. Aplicación del artículo 10 de la Ley 4ª de 1966. Para la Sala no existe ninguna duda sobre la manifiesta voluntad del legislador, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 4ª de 1966, consagró una excepción al régimen de reajustes que en forma general estableció el referido estatuto en su artículo 5º para todos los servidores públicos. También es claro, además, que la intención del legislador fue la de que, en el futuro, los Embajadores quedaran gozando de una pensión reajustada, que correspondiera en categoría y asignación, a la de un Ministro, por lo cual es apenas lógico tener en cuenta para efectuar ese reajuste, el sueldo que devengaban tales funcionarios en 23 de octubre de 1966, como lo prescribe la norma excepcional a que se ha venido haciendo referencia. De otra parte, el artículo 2º de la Ley 20 de 1966 (julio 15), fijó nuevas asignaciones mensuales para los Ministros del Despacho Ejecutivo. Y como esa disposición tuvo vigencia antes del 23 de octubre de 1966, —fecha prevista para el reajuste de las pensiones de los Embajadores— es forzoso concluir y aceptar que éstos quedan amparados por lo ordenado en aquel precepto legal. (Ver Nº 39 del índice) 195

77. RECONOCIMIENTOS.

No son susceptibles de recursos.— Cuando un tesorero produce un acto de esta naturaleza se limita simplemente a tomar o confrontar de los respectivos libros las partidas que allí aparecen a cargo de los contribuyentes derivadas de actos administrativos preexistentes que son precisamente aquellos por medio de los cuales se distribuye el impuesto. No es necesario un esfuerzo especial para concluir que una partida de contabilidad no tiene recursos administrativos de

Páginas

ninguna clase. (Sentencia de 6 de septiembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Jurisdicción coactiva. Actor: Tesorero Municipal de Paipa contra "Electrificadora de Boyacá S. A."). (Ver Nos. 41 y 42 del índice) 435

78. REGISTRO DE NOMBRES COMERCIALES.

La Ley 31 de 1925 ampara los derechos de los dueños de marcas de fábrica, de comercio y de agricultura garantizados por medio de títulos o certificados de registro (Arts. 31 y 35). Ni esta ley ni la 94 del mismo año exigen el registro para los nombres comerciales, rótulos o enseñas. Sobre estos últimos solamente habla el artículo 62 de la Ley 31 diciendo: "No es necesario el registro de un nombre para usar los derechos acordados por esta ley". De suerte que lo que la ley ha estatuido es que solamente hay obligación de registrar lo concerniente a marcas de fábrica, comercio y agricultura. Si se ha estimado que las marcas y los nombres comerciales son sinónimos, se ha incurrido en un error. (Sentencia de 1º de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Germán Feged en acción de nulidad contra el artículo 6º del Decreto 1707 de 1931). (Ver Nº 65 del índice) 69

79. REGULACION DE PERJUICIOS.

Este incidente no puede ser propuesto sino una sola vez.— La comprobación de las bases mismas de la estimación de los perjuicios en cifra numérica es una carga u obligación inexcusable del demandante dentro del juicio, y lo es en este incidente, establecido sólo para ello, pues cuando por cualquier causa no logró llegar dentro del juicio mismo a la demostración del monto de los perjuicios materiales la ley le abre la última y podría decirse excepcional oportunidad con ese objeto, el incidente del artículo 553 del Código Judicial. Fracasado pues el incidente por falta de prueba idónea para llegar a la evaluación que se pretende, la ley no prevé otro incidente con el mismo objeto. Y fuera de que las excepciones, como el incidente de que se trata, son de interpretación y aplicación restrictiva, y de que la ley no prevé que pueda iniciarlo de nuevo quien ha fracasado en su intento por falta de las pruebas adecuadas, si de un incidente dentro del juicio se tratara cabría aquí la disposición del artículo 394 del Código Judicial que ordena al juez desechar de plano los incidentes que se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión, o sea aquellos para los cuales se ejercitó ya sin buen éxito el respectivo derecho procesal. Por lo expuesto, no carece de sólido fundamento en la ley y en la doctrina la tesis de que no es admisible un nuevo incidente de regulación de perjuicios para quien no logró comprobar las bases de la liquidación tramitada de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial, faltando a su obligación procesal ineludible de demostrar su cuantía dentro de la doble oportunidad que el respectivo Código le brindó para ello. (Auto de 2 de octubre de 1969; Sala

Páginas

de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez. Actor: Ludmila Gouvarevitsch de Kraft. Indemnizaciones) 391

80. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Por omisión en la prestación de un servicio.— Es cierto que según el artículo 16 de la Constitución Nacional, es obligación de las autoridades de la República proteger la vida de las personas residentes en Colombia, pero aquéllas no pueden garantizar ésta de una manera general. Es requisito indispensable para que se configure la responsabilidad de la administración que frente a un peligro inmediato las autoridades omitan la prestación del servicio previamente solicitado. Sostener lo contrario llevaría a convertir al Estado en un "asegurador general" de todos los asociados, cosa a todas luces imposible de consagrar en una jurisprudencia, aun en el supuesto de que ésta acepte en su integridad la teoría "del riesgo" expuesta por modernos tratadistas de derecho administrativo. (Sentencia de 11 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Flor María Segura vda. de Echeverri. Indemnizaciones). (Ver Nº 75 del índice) 369

81. RETENCION EN LA FUENTE.

Supone la existencia previa del bien o de la actividad gravada.— No puede nunca pretenderse que la exigencia del pago de un tributo como abono al que corresponda satisfacer por la rentas u otros ingresos gravables que eventualmente llegue a recibir en el futuro una persona que hasta ese entonces ha sido contribuyente, sea tenido como un sistema técnico y legalmente aceptable de retención de aquel tributo en la fuente, desde luego que la causa de este impuesto no existe todavía cuando él se cobra y no hay tampoco elementos de juicio suficientes para predecir si existirá o no. Ni siquiera hay certeza, no puede haberla razonablemente, de que al concluir un ejercicio tributario futuro, quienes han sido hasta el presente sujetos pasivos del impuesto, personas físicas o morales, no hayan perdido esa calidad, por muerte, liquidación, incapacidad material o jurídica para producir rentas, mala ventura en los negocios que las generaban u otros motivos semejantes, ellos sí de verosímil y ordinaria ocurrencia en la vida social y económica. Es entonces palmario que no hay lugar a retener el impuesto sobre la renta sino cuando ésta haya ingresado al patrimonio del contribuyente, sea por pago recibido o cuando menos por abono en su cuenta. Y sólo al producirse uno de estos fenómenos, la persona que hace el pago o el abono queda en la obligación de deducir del monto de lo cubierto o acreditado, la cuota que determine una norma positiva por concepto de aquel impuesto y de consignar en las arcas oficiales, por cuenta de quien sufrió la deducción, los valores así retenidos. (Sentencia de 13 de noviembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: James W. F. Raisbeck. Nulidad del Decreto 320 de 1969). (Ver Nº 56 del índice) 90

82. RETENCION EN LA FUENTE.

Páginas

Comisiones que no constituyan salario.— Con los artículos 1º y 2º del Decreto 949 de 1949 no se aspira sólo a aplicar las tarifas adoptadas para rentas que provengan de fuentes distintas de sueldos, dividendos, etc., lo que ya de por sí implica adicional gravamen, sino que se traslada la obligación de retener parte de la comisión pagada de quien hace el pago, en el momento de hacerlo, a quien lo recibe. Con la peculiaridad de que tales supuestas retenciones se liquidan no cuando se pagan las comisiones sino con referencia a las rentas devengadas en el año anterior y como sobretasa al impuesto que se está pagando en el presente año. A lo anterior debe agregarse hoy que los artículos 12 y siguientes del Decreto 320 de 1969 a los cuales se remiten las disposiciones ahora acusadas están suspendidos y por consiguiente no pueden ser aplicadas sus reglas. Con el pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, nuevos decretos no pueden remitirse a disposiciones cuya vigencia ha sido válidamente suspendida porque hacerlo es procedimiento sutil que conduce a la violación del artículo 99 del Código Contencioso Administrativo según el cual ningún acto anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas. (Auto de 5 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: James W. F. Raisbeck en acción de nulidad con suspensión provisional contra los artículos 1º y 2º del Decreto 949 de 1969) 285

S

83. SANCIONES.

Impuestas por la Superintendencia de Regulación Económica a fabricantes o distribuidores por dar al expendio mercancías sin previa fijación de precio público.— Es de elemental necesidad jurídica que una norma preexistente de carácter general defina expresamente cuáles mercancías deben tenerse como de consumo popular o aptas para satisfacer necesidades primarias del público, para que proceda sancionar a los fabricantes o distribuidores de esas mercancías cuando las den al expendio por vez primera sin la previa licencia oficial o sin la previa fijación de precio público, o sea, con violación manifiesta de lo estatuido en el artículo 1º del Decreto 437 de 1966; y resulta claro que no hay lugar a aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia sin un previo mandato expreso y categórico que haya sido violado por un particular. (Sentencia de 23 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Salvedad de voto del doctor Miguel Lleras Pizarro en lo que concierne a la decisión de la Sala sobre intereses compensatorios o indemnizatorios reclamados por el demandante. Actor: Productora Tabacalera de Colombia S. A. Acción de plena jurisdicción contra algunas resoluciones de la Superintendencia de Regulación Económica). (Ver Nº 30 del índice) 209

84. SAN ANDRES Y PROVIDENCIA.

Páginas

No pueden considerarse como baldíos. Significado del término "población organizada".— Es cierto que el artículo 45 del actual Código Fiscal (lo mismo que el 878 del derogado Código de 1873) reputa como baldíos "las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado", pero consagra además dos situaciones distintas de excepción. 1ª Que no estén ocupadas por *poblaciones organizadas* (el subrayado es de la Sala); y 2ª Que no estén apropiadas por particulares en virtud de título traslaticio de dominio. Se concluye que la resolución del INCORA que las declara baldíos sólo tuvo en cuenta la segunda de las situaciones de excepción, con prescindencia absoluta de la primera. El término "población organizada" está indicando la existencia de un conglomerado humano sometido a un sistema político, administrativo y judicial de acuerdo con la Constitución y las leyes, sistema que le permite realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender. Vale la pena recordar que el mismo INCORA acepta la existencia de un conglomerado humano en las Islas de San Andrés y Providencia por el año de 1809, autorizado por la Corona española "a condición de que los isleños construyeran una iglesia católica". Este hecho indica claramente una "organización" en aquel conglomerado. Si desde el año de 1821 tanto el Congreso como los Presidentes de la República dictaron normas relacionadas con la organización política, administrativa, judicial y electoral de las Islas de San Andrés y Providencia, ha de concluirse necesariamente que allí existía, por lo menos desde aquella época, una población organizada que disponía de los instrumentos y funcionarios necesarios para realizar los fines a que toda sociedad sujeta a un régimen de derecho debe tender. Si esto es así, como lo es, el INCORA al dictar la Resolución 206 con su artículo 1º violó ostensiblemente el artículo 45 de la Ley 110 de 1912 concebido, se repite, en los mismos términos que el artículo 878 del antiguo Código Fiscal de 1873. Por otro lado el Decreto extraordinario 2420 de 1968, expedido en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por la Ley 65 de 1967 y que creó el "INSTITUTO DE DESARROLLO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES (INDERENA)", le dio a éste una serie de funciones que sólo él podía desarrollar, y en el articulado de la resolución acusada se toman medidas atribuidas exclusivamente al mencionado Instituto. (Auto de 30 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero sustanciador: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actores: Jairo Gutiérrez y otros, en acción de nulidad de las Resoluciones 206 de 1968, expedida por el INCORA y 058 de 1969 por medio de la cual el Gobierno Nacional impartió su aprobación a la primera) 301

85. SENTENCIAS CONSULTABLES.

Cuando se habla de única instancia queda excluido el recurso de apelación y también la consulta de que se habla en términos generales en el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo y asimismo en el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, de modo específico para las sentencias de primera instancia que no sean apela-

Páginas

das, en los casos en que el respectivo tribunal administrativo conocía en primera instancia y cuando la obligación que se imponía en la sentencia a cargo de la entidad de derecho público era de dos mil pesos o más. Cualquier duda sobre los casos en que procede la consulta ha quedado disipada por la clarísima disposición del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, reglamentario de los Decretos-leyes 528 y 1819 de 1964, 1722 de 1956 y de la Ley 167 de 1941, cuyo tenor es el siguiente: "El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941 y 7º del Decreto-ley 1722 de 1956, sólo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso". (Auto de 31 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez. Actor: Aseguradora Mercantil contra la Nación. Indemnizaciones). Nota: La tesis expuesta en la anterior providencia, relativa a la procedencia de la consulta, es contraria a la sostenida por la Sección Segunda del Consejo, en el auto de 14 de octubre de 1969, con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, entre otros ... 395

86. SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD.

Efectos.— 1º Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan; 2º Los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia que la declara inexequible, subsisten, porque el fallo no tiene efecto retroactivo, salvo "cuando se trate de derechos civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible", pues, en este caso sí puede tener efecto para el pasado la inexequibilidad, como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 23 de febrero de 1927; y, 3º Cuando se declara inexequible una ley derogatoria de otra, subsiste, revive o recobra su plena vigencia la ley que se quiso derogar. En consecuencia: No son inválidos los actos y contratos celebrados por la Empresa de Teléfonos de Bogotá, con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de inexequibilidad del artículo 77 del Decreto legislativo 3133 de 1968, por el hecho de que fueran aprobados por la Junta Directiva elegida con aplicación de tal artículo. La Junta Directiva elegida con aplicación del referido artículo, no puede seguir actuando válidamente desde la ejecutoria de la sentencia de inexequibilidad, porque, como consecuencia del fallo la norma inexequible no puede seguir produciendo efectos. Por la sentencia de inexequibilidad recobra su vigencia el acuerdo del Concejo Distrital que había sido derogado tácitamente por el artículo 77 del Decreto legislativo 3133 de 1968, declarado inexequible. En consecuencia, la Junta Directiva de la Empresa será la que se constituya conforme a este artículo. (Concepto de 14 de noviembre de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alejandro Domínguez Molina, sobre los efectos de la sentencia de inexequibilidad del artículo 77 del Decreto 3133 de 1968, sobre composición de la Junta Directiva en la Empresa de Teléfonos de Bogotá). (Publicación autorizada mediante oficio Nº 2188 de 2 de diciembre de 1969 del Ministerio de Gobierno) 61

87. SEPARACION DE PODERES.

Páginas

Los poderes públicos de que nos habla la Constitución de 1886 no se ejercen hoy separadamente sino como lo ordena la Carta de 1936 y lo confirma la de 1945; aunque tienen funciones separadas obran mediante una estrecha y armónica colaboración para realizar los fines del Estado. Prueba de ello es que la rama ejecutiva del poder público ejerce en ocasiones funciones legislativas y aun jurisdiccionales, cuando otorga por ejemplo, facultades jurisdiccionales a las Fuerzas Armadas, asignándoles el juzgamiento de determinados delitos. Confirma el aserto, el ver a la rama jurisdiccional ejercitando actos de simple administración cuando procede a designar los magistrados, jueces y empleados subalternos. O cuando el legislativo elige al Designado a la Presidencia de la República, actos netamente administrativos. Todo ello explica por qué la independencia absoluta de cada uno de aquellos poderes de que hablaba la Constitución del 86, ha pasado a convertirse en una interdependencia de las ramas del poder público sin perder su propia autonomía y conservando, desde luego, unas funciones de primero y otras de segundo orden, sin restarle por ello importancia a éstas. La rama legislativa del poder público tiene, como función principal, la elaboración de las leyes; pero es la misma Constitución la que ha dado a la Cámara de Representantes funciones propias del Ministerio Público y al Senado la de juez en determinados casos. Son éstos los resultados de un cambio fundamental de doctrina traducido en el querer del constituyente. No se debe pensar hoy con el criterio de la Constitución del 86 y creer, erróneamente desde luego, que la rama legislativa está destinada de manera exclusiva a producir leyes, pues, ya se ha visto, que en ocasiones puede dictar fallos, hacer las veces del Ministerio Público o realizar actos simplemente administrativos. Y se ha dejado claro también, que los actos administrativos no emanan únicamente de la rama ejecutiva del poder público, pues ellos pueden originarse también en las ramas jurisdiccional y legislativa. (Auto de 29 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero sustanciador: doctor Alfonso Arango Henao. Actor: José Ignacio Vives Echeverría, en acción de plena jurisdicción contra la decisión administrativa tomada por el Senado de la República por la cual se levantó la inmunidad al senador Vives). (Ver Nº 23 del índice) 312

88. SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Caducidad de la acción contenciosa.— La ley no obliga a hacer uso del silencio administrativo para proceder a la demanda, queda a opción del interesado utilizarlo o no, esto es, esperar a que la administración se pronuncie sobre los recursos interpuestos o la petición hecha, o acudir a la jurisdicción contenciosa una vez que se haya configurado el fenómeno del silencio administrativo; esto puede hacerlo en cualquier momento en que lo considere oportuno sin que opere para la acción originada en tal fenómeno el evento de la prescripción. Esto significa que no es aceptable la tesis de que cuando se hace uso del silencio administrativo el tiempo de prescripción empieza a contarse a partir del día en que se cumple el mes señalado por la ley para que se entienda negada la petición, porque,

Páginas

como ya se anotó, acudir o no a la jurisdicción contenciosa en tal evento es opcional, ningún plazo se ha señalado para ello y donde no hay plazo para el ejercicio de una acción no puede operar el fenómeno prescriptivo. (Sentencia de 16 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Distribuidora Tolimense de Gas. Nulidad de, la Resolución 664 de 1967 del Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica). (Ver Nº 50 del índice) 262

89. SOCIEDADES DE CAPITALIZACION.

Inversiones forzosas. Interpretación del artículo 7º del Decreto 1691 de 1960.— Los antecedentes del Decreto-ley número 1691 de 1960 permiten concluir que el sistema adoptado por la Superintendencia Bancaria para fijar la cuantía de las inversiones obligatorias de las sociedades de capitalización está ajustado a lo que sobre la materia prescribe el mismo estatuto en el artículo 7º Esto es, que la base para establecer el cuarenta por ciento de inversión forzosa es el valor de las reservas técnicas menos el valor de los préstamos con garantía de títulos. Y no, como lo sostiene la sociedad actora, que la base es el total de las reservas sin deducción alguna. La pretensión de la Capitalizadora Grancolombiana de modificar la base de liquidación en la forma solicitada en la demanda obedece al error de que sus representantes estiman los préstamos con garantía de títulos como inversiones obligatorias, ya que esos préstamos no tienen el carácter de inversión forzosa, sino el de inversión admisible, como expresamente se estableció en el artículo 4º del mismo decreto, que en su numeral 3º los clasifica. (Sentencia de 17 de julio de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Capitalizadora Grancolombiana S. A. Juicio de nulidad de la decisión tomada por la Superintendencia Bancaria, contenida en los oficios DC-8586 de 1966 y 4681 de 1967). (Ver Nº 58 del índice) 159

90. SOCIEDADES DE HECHO.

Reiterada ha sido la teoría sobre la existencia de las sociedades de hecho que nuestra jurisprudencia civil ha aceptado, en forma tal que resulta hoy ciertamente insólito desconocer esa realidad jurídica nacida por la manera como los hechos van golpeando ante el derecho en forma tal que lo obligan a plegarse a sus realidades. Dos tipos de sociedades deben distinguirse entre las que se forman de hecho: las que no obstante un consentimiento expresamente manifestado en todos los pormenores que tienden a la constitución de una sociedad, han omitido sin embargo una o varias de las solemnidades que la ley exige para su formación: son las llamadas sociedades de hecho por derivación o por "degeneración"; y aquellas que en virtud de un consentimiento tácito se han creado sin que sus socios hayan pensado amoldarse a los cauces jurídicos son las que se conocen con el nombre de "sociedades creadas de hecho o por los hechos". Pero estas últimas, como son verdaderos contratos de so-

Páginas

ciedad, aun que informales, es obvio que ellas deben reunir los requisitos intrínsecos que son de la esencia de aquel contrato porque la ausencia de uno cualquiera hace degenerar el contrato en otro distinto, o bien destruye toda noción de convención para dar paso a situaciones que, como la comunidad, la indivisión etc., son sustancialmente distintas de una sociedad; esos requisitos son: a) Dos o más personas; b) Aportes; c) Fondo común; d) Vocación eventual a las ganancias o a las pérdidas; e) Objeto social, en el sentido de fin; f) Animo de asociarse, que los autores llaman "afectio societatis". La jurisprudencia colombiana especialmente de la Corte Suprema, ha señalado otras condiciones o requisitos que se consideran necesarios para la existencia de una sociedad de hecho y que, por lo demás son simples consecuencias de los requisitos de fondo: 1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común. 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los asociados, tendiente a la consecución de beneficios. 3º Que la colaboración entre los asociados se desarrolle en un pie de igualdad. 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, tenencia, guarda de bienes comunes u otros semejantes. (Sentencia de 12 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Almacenes Tas Ltda. Acción de revisión de impuestos). (Ver Nos. 91 y 95 del índice) ... 423

91. SOCIEDADES DE HECHO TRANSFORMADAS.

Forma de liquidar el impuesto sobre la renta.— Es correcto el criterio de las autoridades de impuestos al tomar como base para deducir las utilidades durante el año fiscal, el balance que tenía la sociedad de hecho en 31 de diciembre del respectivo año y no el que se presente como propio de la sociedad de derecho. Sería absurdo afirmar que la sociedad de hecho "se transformó", que no declaró renta, que el movimiento de sus cuentas se incorporó a la de derecho, pero sin embargo, tratar de comenzar una vida fiscal absolutamente nueva en la fecha en que la compañía de hecho se acomodó a derecho, olvidando que la empresa común sigue siendo la misma y que operó durante todo el año y por lo tanto la determinación de las utilidades o pérdidas debe abarcar todo ese año gravable. (Sentencia de 12 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Almacenes Tas Ltda. Acción de revisión de impuestos). (Ver Nos. 90 y 95 del índice) 423

92. SUBSIDIO FAMILIAR.

De agentes de la Policía retirados y en goce de pensión.— Aunque del texto del artículo 2º de la Ley 17 de 1961, no puede desprenderse que comprenda a los agentes retirados y en goce de pensión, pues no alude en forma expresa a ellos, sin embargo es forzoso estudiar si, en virtud de otras normas, pueden tener derecho al subsidio familiar establecido en aquella disposición. Hay que pensar, ante todo, que el objeto del subsidio familiar constituye un apoyo o subvención en favor del grupo familiar, como su nombre lo expresa, que viene a

Páginas

constituir un aditamento al sueldo básico del funcionario en servicio activo o a la pensión del retirado. Así, en principio, no se ve la razón ni ilegal ni práctica, para afirmar que el subsidio familiar deba estar sujeto a dos regímenes y dos estatutos diferentes, uno para los que están en servicio activo y otro para los retirados. Además, la finalidad misma del subsidio es la de beneficiar con una suma de dinero a los familiares de quien recibe el sueldo o la pensión; de modo que sería notoriamente injusto, en principio, también, establecer una diferencia radical en el subsidio (tan notoria como la que va de un 30% a un 10%) para dos grupos de familias, la del funcionario en actividad y la del retirado con pensión. No se ve, así, por qué motivo la esposa o los hijos del agente en actividad deban recibir un subsidio superior a la esposa o los hijos del agente retirado y pensionado, ya que, aunque se pague directamente al funcionario o al pensionado, es sin embargo un beneficio decretado en favor de sus familiares. Por otra parte, si el artículo 10 de la Ley 72 de 1947 estableció que las pensiones de los retirados deberán ser oscilantes, o sea que deben variar de acuerdo con los sueldos asignados a los respectivos cargos, o sus equivalentes, parece apenas lógico entender la voluntad del legislador en el sentido de que la pensión global del beneficiario sea igual a la asignación global del funcionario en actividad. (Sentencia de 8 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín. Actor: Víctor M. Rodríguez Sabogal, en acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 311 de 1966, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y 5831 de 1966, del Ministerio de Defensa, confirmatoria de la anterior) 126

93. SUSPENSION PROVISIONAL.

Sus efectos.— Cuando la Ley 167 de 1941, al desarrollar el artículo 193 de la Constitución, dice en su artículo 94 que "El Consejo de Estado y los tribunales administrativos pueden suspender *los efectos de un acto o providencia...*", no puede estar haciendo una distinción entre el acto y sus efectos, como quiera que suspender los efectos dejando el acto incólume sería ponerse en contradicción o ir mas allá de lo que autoriza la Carta. Síguese de lo anterior que el sujeto de la suspensión es el acto mismo y que, cuando el Código Contencioso Administrativo habla de suspender los efectos, significa que tales efectos o su ejecución no pueden operarse porque el acto que los motiva ha sido suspendido. Es necesario, pues, suspender el acto administrativo para que éste no pueda ejecutarse. (Auto de 21 de noviembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Herederos de Carlos Vélez Pombo. Suspensión provisional de la resolución de 4 de febrero de 1969, de la Gobernación de Bolívar). (Ver Nº 66 del índice) 343

T

94. TASAS E IMPUESTOS.

Derecho de matrícula.— El llamado "derecho de matrícula" conocido así inicialmente y reaparecido después en las disposiciones de la Su-

Páginas

perintendencia de Regulación Económica y de las Empresas Públicas de Medellín es el mismo "derecho de abastecimiento" anulado por el Consejo de Estado en virtud de que se trata de un impuesto para cuya creación ninguna de las dos entidades están facultadas legalmente. Y es evidente que tampoco podía establecerse tal derecho con fundamento en el Decreto 1653 de 1960, porque según lo transcrito antes, dicha norma no confirió a la Superintendencia facultad de establecer impuestos sino la de estudiar y aprobar las tarifas y reglamentos de los servicios de energía eléctrica, acueductos, alcantarillados y otros servicios. Ahora bien, para la mayoría de la Sala es evidente que el llamado "derecho de matrícula es un impuesto y no una tasa y por ello se solidariza con los argumentos expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia por la cual se anuló el llamado "derecho de abastecimiento" que tiene las mismas características del que está hoy sub judice. En efecto: Una cosa es la tarifa o tasa que se cobra por un servicio público y otra muy distinta lo que se cobra por el mero hecho de solicitar ese servicio; una empresa debe realizar todas las obras que sean necesarias para poner al usuario en condiciones de utilizar el servicio, reservándose desde luego el derecho de fijar una tarifa costeable pero si además de la tarifa, cobra también un suma por la simple actividad que implica la solicitud para hacer uso de aquél, tal cobro ya desborda los límites de la simple tasa para derivar en un impuesto. No puede negarse que hay una desproporción inmensa entre la actividad que deben realizar las Empresas para hacer la conexión del servicio y el valor que se paga por tener el derecho simple a obtenerla, que es un porcentaje sobre el avalúo catastral del inmueble respectivo. Se alega en contra que ese valor adicional hace parte del costo necesario para poner al ciudadano en condiciones de utilizar el servicio, pero precisamente en esto radica el desvío de la administración hacia una actividad impositiva para la cual no está facultada, por la desproporción evidente entre ese servicio específico y su costo y por la circunstancia ya anotada de que no sólo se cobra la tarifa, que puede ser todo lo elevada que se quiera, pero que supone como presupuesto esencial colocar al usuario en condiciones de utilizar el servicio, sino también una suma adicional para que pueda beneficiarse con el mismo. (Sentencia de 10 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Sergio Alvarez Cock. Nulidad de la Resolución 012 de 1966 de la Superintendencia de Regulación Económica, del Decreto Nº 4 de 14 de septiembre de 1966 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y de la Resolución 567 de 1966 del Director Encargado de la Superintendencia de Regulación Económica). Salvedad de voto de los doctores Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar Tapiero. (Ver Nos. 31 y 36 del índice) 244

95. TRANSFORMACION DE SOCIEDADES.

Es frecuente y se presenta cuando un tipo de sociedad adopta dentro de la nomenclatura legal y la forma de las distintas sociedades existentes una cuya forma jurídica es diferente de la anterior pero conservando en esencia las mismas características de la transformada hasta el punto de que puede afirmarse que en ambas existe

Páginas

la unidad en razón de que también se presenta la identidad del objeto social, la existencia de los mismos factores que formaron la anterior, a lo sumo ligeramente ampliados, la continuación de la empresa y la subsistencia del mismo patrimonio; la situación comercial creada por la antigua continúa, los compromisos pendientes se siguen atendiendo y esto no por un simple fenómeno de transmisión o sucesión, como anotan los autores, sino por una verdadera continuidad jurídica; por eso también sostiene la doctrina que cuando opera tal fenómeno no puede hablarse de antigua y de nueva sociedad sino de la antigua o de la nueva forma de la misma sociedad. (Sentencia de 12 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Almacenes Tas Ltda. Acción de revisión de impuestos). (Ver Nos. 90 y 91 del índice) 423

V

96. VACACIONES.

Están exentas de impuestos.— Al reducir la exención por vacaciones al salario de 15 días, como lo dispuso el Director de Impuestos Nacionales en la circular 10012 de 1968, infringió de manera directa y ostensible la norma del artículo 15, numeral 8º, de la Ley 63 de 1967, ya que le dio una interpretación que choca abiertamente contra su tenor literal, claro y expreso. (Ver Nº 57 del índice) 145

97. VALORIZACION.

Este gravamen no puede cobrarse por obras de repavimentación.— Es verdad que la valorización no es un impuesto; y la doctrina del Consejo tiene sentado, de tiempo atrás, que se trata de una contribución y no de un impuesto. Por lo mismo no puede ser comparable con verdaderos impuestos como son los de catastro, peaje, etc. El propio Decreto 1604 de 1966 lo denomina "contribución de valorización". Se encontrarán entre las obras de interés público local, de que habla el decreto, aquellas de repavimentación de calles, plazas y avenidas? Podrá darse a la norma interpretación tan lata? Ciertamente la repavimentación es obra necesaria, útil, conveniente al ornato, comodidad, celeridad del tránsito etc. Pero se cumple sobre obras ya hechas con anterioridad y sobre las cuales se cobró la contribución antedicha. Por ello no es desacertado afirmar que si por la pavimentación realizada se cobró valorización no puede volverse a derramar otra por la repavimentación. Con la obra inicial, a cuyas expensas contribuyeron los propietarios afectados, adquirió el municipio la obligación de sostenerla y repararla, ya que los particulares beneficiados cumplieron con la suya pagando la cuota fijada para ejecutar la obra. Y no serían ellos los obligados a correr las contingencias del uso inveterado o de una construcción deficiente, antitécnica o mal conservada y sostenida, cuya responsabilidad cabe

Páginas

únicamente al municipio. Así, pues, ciertamente aparece que el literal a) del artículo 5º del acuerdo Nº 2 de 1965, expedido por el Concejo Municipal de Bello, impone otra contribución con una misma causa y por idéntico concepto. Porque la repavimentación no es sujeto de gravamen de valorización, es simplemente como sujeto de sostenimiento que debe ser considerada. El quebrantamiento de normas superiores que impiden el doble gravamen, aparece así ostensible y debe ser declarado. (Sentencia de 11 de agosto de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: John Quijano. Apelación de la sentencia de 14 de diciembre de 1966 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de nulidad del acuerdo Nº 2 de 1965, expedido por el Concejo Municipal de Bello). (Ver Nº 1 del índice). 349

98. VIATICOS.

El Gobierno en uso de las facultades que le confería la Ley 65 de 1967, dispuso por Decreto 3181: "artículo 5º Elévase a doscientos cincuenta pesos diarios el valor de los viáticos a que se refiere el artículo tercero del Decreto 3306 de 1963". ¿Puede sostenerse que estos doscientos cincuenta pesos son el máximo a que se refería el Decreto 3306 de 1963 que lo fijaba en $ 150.00? o que el Decreto 3181 de 1967 niveló todos los viáticos en $ 250.00 y suprimió las escalas? Cuestión ésta, a juicio de la Sala, que requiere un estudio interpretativo de las normas, que no es pertinente en un auto de suspensión provisional. Desde luego en este caso no salta a primera vista la violación de la norma superior de derecho. Igual puede decirse del artículo 3º del decreto acusado, según el cual "se consideran como continuadas o prolongadas para efectos del literal o del artículo 1º..., las comisiones que se ordenen con menos de 8 días de interrupción entre una y otra". (Auto de 25 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Rafael Rodríguez, en acción de nulidad del Decreto 559 de 1969). (Ver Nº 99 del índice). 309

99. VIATICOS.

No puede negarse su pago so pretexto de no haber suficiente partida presupuestal.— El artículo 4º del Decreto 559 de 1969 es del tenor siguiente: "No se podrán ordenar ni pagar viáticos, cuando se exceden los máximos previstos en las escalas anteriores o la correspondiente partida presupuestal". La segunda parte del artículo, aquella que dice: "o la correspondiente partida presupuestal", si la encuentra la Sala violatoria de la ley; pues si las autoridades tienen la facultad de conferir comisiones y de reconocer los viáticos, el Gobierno no puede negarse a pagar éstos porque no tenga suficiente partida en el presupuesto. Es obligación del Gobierno tenerla, y si por cualquier circunstancia se le hubiere agotado, la ley le da varios recursos como los traslados, etc. Lo que no puede hacer el Gobierno es desconocer en un decreto reglamentario el derecho a cobrar unas sumas devengadas con autorización legal, con el pretexto

Páginas

de que no hay partida. (Auto de 25 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Rafael Rodríguez, en acción de nulidad del Decreto 559 de 1969). (Ver Nº 99 del índice) 309

100. VIGILANCIA PRIVADA.

En principio, de los servicios públicos esenciales del Estado está excluida la coparticipación de particulares; el poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la seguridad, la vigilancia, etc. Tales servicios se prestan ajenos a cualquier mira utilitaria. Obsérvese que el Decreto-ley 918 de 1949 preceptuaba que las funciones de policía sólo serían ejercidas por el Estado y prohibía el funcionamiento de las sociedades de vigilancia e investigación privadas. Asimismo el Decreto 2670 de 1954 prohibió en principio el libre funcionamiento de tales sociedades, sin embargo de lo cual abrió la puerta para que pudieran existir fijando requisitos para su funcionamiento. Así, pues, por excepción estos servicios comenzaron a prestarse en colaboración con particulares que forman sociedades o entidades para el fin propuesto y que miran éstas sí al interés lucrativo y que deben someterse al principio constitucional de que el interés privado debe ceder al público o social superior a cualesquiera otras consideraciones. Se argumenta que la disposición del Decreto 1717 de 1960 no faculta al Departamento Administrativo de Seguridad "para reglamentar la constitución y funcionamiento de sociedades, sino de las empresas de vigilancia que son unidades económicas, organizaciones económicas, dependientes o no de alguna sociedad". No es así: la sociedad como la empresa, es un ente jurídico, una entidad y desde luego que puede reglamentarse, como lo admite el actor, el funcionamiento de empresas de vigilancia, fluye claramente que también podrá hacerse con las sociedades de vigilancia. Los particulares forman entidades o sociedades adscritas a tal servicio público y por ese solo hecho adquieren obligaciones inherentes a tal calidad o condición y se comprometen a anteponer al suyo propio el interés público o social de la comunidad y a someterse a los requisitos que el Gobierno imponga en la prestación del servicio. Además, no es posible considerar el servicio público de vigilancia como mercancía cualquiera o como actividad sin hondo sentido de bien público y social, de orden público cuyo mantenimiento y conservación corresponde exclusivamente al Gobierno. Por último, no se trata de desconocimiento o quebranto del derecho de asociación que la Carta consagra, sino de reglamentar la prestación de uno de los más importantes servicios, cuya eficacia, seriedad, honestidad y garantía deben estar plenamente aseguradas cuando son los particulares adscritos a él quienes van a prestarlo. (Sentencia de 22 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Nelson Robles. Nulidad del Decreto 2670 de 1954 y de la Resolución 2501 de 1966, dictados por el Presidente de la República y el D. A. S., respectivamente) 85

101. VIGILANCIA PRIVADA.

Páginas

Para la Sala el Decreto 250 de 1969 quebranta ostensiblemente el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 de 1966, pues, no sólo no cumple con el mandato del legislador de fomentar las organizaciones de vigilancia privada, sino que, llevándose de calle el precepto legal que la demanda indica como infringido, prohibe dentro del territorio nacional, el funcionamiento de las empresas que colaboran con la Policía Nacional, en la vigilancia de los sectores urbanos "con el fin de prevenir la comisión de delitos y contravenciones", como textualmente reza el numeral 6º del artículo 15 del Decreto 1667. Siendo pues, para la Sala de Decisión ostensible y manifiesto el choque entre los tres primeros artículos del Decreto 250 acusado, y el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 (ley por virtud de la 48 de 1968), es procedente la suspensión provisional de los actos demandados, sin que sea preciso estudiar los otros cargos formulados en la demanda para efecto de este recurso cautelar. (Auto de 26 de agosto de 1969; Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao. Acción de nulidad con suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 250 de 1969. Actor: Vigilancia Comercial y Residencial Particular Ltda. y otras) 297

Páginas

de que no hay partida. (Auto de 25 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Rafael Rodríguez, en acción de nulidad del Decreto 559 de 1969). (Ver Nº 99 del índice) 309

100. VIGILANCIA PRIVADA.

En principio, de los servicios públicos esenciales del Estado está excluida la coparticipación de particulares; el poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la seguridad, la vigilancia, etc. Tales servicios se prestan ajenos a cualquier mira utilitaria. Obsérvese que el Decreto-ley 918 de 1949 preceptuaba que las funciones de policía sólo serían ejercidas por el Estado y prohibía el funcionamiento de las sociedades de vigilancia e investigación privadas. Asimismo el Decreto 2670 de 1954 prohibió en principio el libre funcionamiento de tales sociedades, sin embargo de lo cual abrió la puerta para que pudieran existir fijando requisitos para su funcionamiento. Así, pues, por excepción estos servicios comenzaron a prestarse en colaboración con particulares que forman sociedades o entidades para el fin propuesto y que miran éstas sí al interés lucrativo y que deben someterse al principio constitucional de que el interés privado debe ceder al público o social superior a cualesquiera otras consideraciones. Se argumenta que la disposición del Decreto 1717 de 1960 no faculta al Departamento Administrativo de Seguridad "para reglamentar la constitución y funcionamiento de sociedades, sino de las empresas de vigilancia que son unidades económicas, organizaciones económicas, dependientes o no de alguna sociedad". No es así: la sociedad como la empresa, es un ente jurídico, una entidad y desde luego que puede reglamentarse, como lo admite el actor, el funcionamiento de empresas de vigilancia, fluye claramente que también podrá hacerse con las sociedades de vigilancia. Los particulares forman entidades o sociedades adscritas a tal servicio público y por ese solo hecho adquieren obligaciones inherentes a tal calidad o condición y se comprometen a anteponer al suyo propio el interés público o social de la comunidad y a someterse a los requisitos que el Gobierno imponga en la prestación del servicio. Además, no es posible considerar el servicio público de vigilancia como mercancía cualquiera o como actividad sin hondo sentido de bien público y social, de orden público cuyo mantenimiento y conservación corresponde exclusivamente al Gobierno. Por último, no se trata de desconocimiento o quebranto del derecho de asociación que la Carta consagra, sino de reglamentar la prestación de uno de los más importantes servicios, cuya eficacia, seriedad, honestidad y garantía deben estar plenamente aseguradas cuando son los particulares adscritos a él quienes van a prestarlo. (Sentencia de 22 de octubre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Nelson Robles. Nulidad del Decreto 2670 de 1954 y de la Resolución 2501 de 1966, dictados por el Presidente de la República y el D. A. S., respectivamente) 85

101. VIGILANCIA PRIVADA.

Páginas

Para la Sala el Decreto 250 de 1969 quebranta ostensiblemente el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 de 1966, pues, no sólo no cumple con el mandato del legislador de fomentar las organizaciones de vigilancia privada, sino que, llevándose de calle el precepto legal que la demanda indica como infringido, prohibe dentro del territorio nacional, el funcionamiento de las empresas que colaboran con la Policía Nacional, en la vigilancia de los sectores urbanos "con el fin de prevenir la comisión de delitos y contravenciones", como textualmente reza el numeral 6º del artículo 15 del Decreto 1667. Siendo pues, para la Sala de Decisión ostensible y manifiesto el choque entre los tres primeros artículos del Decreto 250 acusado, y el artículo 16 del Decreto legislativo 1667 (ley por virtud de la 48 de 1968), es procedente la suspensión provisional de los actos demandados, sin que sea preciso estudiar los otros cargos formulados en la demanda para efecto de este recurso cautelar. (Auto de 26 de agosto de 1969; Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao. Acción de nulidad con suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 250 de 1969. Actor: Vigilancia Comercial y Residencial Particular Ltda. y otras) 297

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

Consultas del Gobierno

Páginas

1. (Ministerio de Educación Nacional). Es procedente y jurídico aplicar el criterio del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo en la liquidación de las pensiones de jubilación causadas dentro de la legislación anterior a la Ley 4ª de 1966, pero cuyo reconocimiento se hace dentro de su vigencia? (Concepto de julio 4 de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alberto Zuleta Angel. Su publicación fue autorizada con oficio Nº 29199 del 15 de julio de 1969 por ese Ministerio) 9

2. (Ministerio de Agricultura). Las normas del Decreto 2895 de 1963 son aplicables a las adquisiciones de predios rústicos por negociación directa o por expropiación que haga la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá? Es aplicable a las adquisiciones que haga la Energía Eléctrica de Bogotá la norma del artículo 15 del Decreto 547 de 1947? (Concepto de julio 14 de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada mediante oficio Nº 08252 de ese Ministerio) 14

3. (Ministerio de Gobierno). El artículo 51 del acto legislativo Nº 1 de 1968 dio a los territorios indicados en su inciso 2º la facultad de elegir, en forma separada de los departamentos tanto senadores como representantes? El inciso 2º del parágrafo transitorio del artículo 26 del referido acto legislativo, sólo modificó las circunscripciones electorales de la honorable Cámara de Representantes, subsistiendo las circunscripciones existentes antes de la vigencia de la reforma constitucional para elegir senadores de la República? (Concepto de septiembre 15 de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alejandro Domínguez Molina. Radicación 362. Publicación autorizada mediante oficio Nº 2188 del 2 de diciembre de 1969. Originario de ese Ministerio) 18

4. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Si el régimen general de inversiones extranjeras establecido por las normas cambiarias

Páginas

vigentes es aplicable también a las importaciones de capital efectuadas o que en el futuro se efectúen con destino a la industria dedicada a la extracción del oro; si es requisito indispensable para tener derecho a girar al exterior la remesa de utilidades y el reembolso de capital de la industria minera del oro, haber efectuado el registro del principal en la Oficina de Cambios; si el límite señalado por la Resolución Nº 7 de 1968 del Consejo Nacional de Política Económica, para la remesa de utilidades provenientes de inversiones extranjeras, debe o no hacerse extensivo a los capitales descritos anteriormente? (Concepto de septiembre 15 de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alberto Hernández Mora. Publicación autorizada mediante oficio Nº 00584 del 25 de noviembre de 1969, originario de ese Ministerio) 23

5. (Ministerio de Gobierno). Qué validez jurídica tienen los actos y contratos aprobados por la actual Junta Directiva desde su constitución hasta la ejecutoria de la sentencia? Puede la Junta actual seguir actuando válidamente hasta tanto el Concejo de Bogotá determine la nueva composición de la Junta y tomen posesión los nuevos miembros o por el contrario debe convocarse la Junta Directiva anterior (la creada en virtud del acuerdo Nº 72 de 1967 expedida por el Concejo Distrital), es decir aquella a la cual reemplazó la Junta elegida en virtud del mencionado artículo 77 del Decreto 3133 de 1968? (Concepto de noviembre 14 de 1969; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: doctor Alejandro Domínguez Molina. Radicación 381. Su publicación fue autorizada mediante oficio 2188 de diciembre 2 de 1969, originario de ese Ministerio 61

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

Decretos del Gobierno

1. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el artículo 6º del Decreto 1707 de 1931 en la parte que establece: "las clases de que trata el artículo 2º de la ley serán las siguientes: Clase 14. Nombres comerciales, rótulos de establecimientos, almacenes, clubes, etc." Actor: doctor Germán Feged. (Sentencia de julio 1º de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez) 69

2. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el inciso segundo del artículo 67 del Decreto 154 de 1968. (Sentencia de octubre

Páginas

30 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar T. Actor: James W. F. Raisbeck) 72

3. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el literal b) del artículo 10 del Decreto 2807 de 1966. Actor: Ignacio Chiappe. (Sentencia de octubre 30 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro) 75

4. (Decretos reglamentarios.) Acción de nulidad contra los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 307 de 15 de febrero de 1940, por el cual se reglamenta la Ley 143 de 1938. Que se declare la nulidad total o parcial del literal a) artículo 2º del Decreto 057 de 27 de enero de 1969. Actor: Alberto Arias G. (Sentencia de octubre 31 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía) 77

5. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 2501 de 7 de noviembre de 1966 dictada por el Presidente de la República y el DAS, y contra el Decreto 2670 de 1954. Actor: Nelson Robles. (Sentencia de octubre 22 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel) 85

6. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra los artículos 1º, ordinal b), 12, 13, 14 y 15 del Decreto reglamentario 320 de 1969. Actor: James W. F. Raisbeck. (Sentencia de noviembre 13 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz) 90

7. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el parágrafo tercero del artículo 13 del Decreto 154 de 1968. Actor: Carlos Urrutia H. (Sentencia de diciembre 4 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero) 94

8. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario Nº 052 de 23 de enero de 1969. Actor: César Castro Perdomo. (Sentencia de diciembre 4 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango H., con salvamento de voto del Consejero doctor Enrique Acero Pimentel) 98

CAPITULO SEGUNDO

Resoluciones ministeriales y otros actos de los ministros

1. (Ministerio de Defensa Nacional). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 4126 de 31 de julio de 1967 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional. Actor: José A. Sánchez. (Sentencia de julio 8 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín) 109

Páginas

2. (Ministerio de Fomento). Acción de nulidad contra la resolución de 26 de octubre de 1967 proferida por el Director y el Jefe de Propiedad Industrial del antiguo Ministerio de Fomento. Actor: Alvaro Poveda R. (Sentencia de septiembre 23 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel) 114

3. (Ministerio de Defensa Nacional). Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuesta por el apoderado del Ministerio de Defensa y en la que mediante la acción de plena jurisdicción se solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nº 04706 del Ministerio de Defensa Nacional. Actor: José Guillermo Sarmiento R. (Sentencia de octubre 3 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín) 118

4. (Ministerio de Defensa Nacional). Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuesta por el demandante y en la que mediante la acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 311 de 1966 y 5831 de 1966 originarias de la Caja de Sueldos de Retiro y del Ministerio de Defensa Nacional, respectivamente. Actor: Víctor M. Rodríguez Sabogal. (Sentencia de octubre ocho de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín) 126

5. (Ministerio de Desarrollo Económico). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 803 de 1966, artículo 2º, originaria del Ministerio de Desarrollo Económico. Actor: Industria de Metales Imetal Ltda. (Sentencia de diciembre 18 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero) 135

CAPITULO TERCERO

Actos de otras autoridades administrativas del orden nacional

1. (División de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad contra el numeral 30 del oficio circular número 10012 de mayo 8 de 1968 de la División de Impuestos Nacionales. Actor: Juan de Dios Ospitia. (Sentencia de julio 17 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar T.). 145

2. (Empresa Colombiana de Aeródromos). Apelación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de diciembre de 1967 dentro del juicio en que mediante la acción de plena jurisdicción Nº 1997 de 17 de noviembre de 1964 proferida por el señor Gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos. Actor: Carlos Arturo Ortiz R. (Sentencia de agosto 25 de 1969; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín) 150

3. (Superintendencia Bancaria). Acción de plena jurisdicción contra la decisión tomada por la Superintendencia Bancaria y contenida en

Páginas

los oficios números DC-8586 de 1966 y 4681 de 1967. Actor: Capitalizadora Grancolombiana S. A. (Sentencia de julio 17 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar Tapiero) 159

4. (Superintendencia Bancaria). Acción de plena jurisdicción contra el oficio A. J. 6725 del 19 de junio de 1967 y la Resolución 536 de 1967 originarias de la Superintendencia Bancaria. Actor: Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S. A. (Sentencia de julio 31 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz) 172

5. (Caja Nacional de Previsión Social). Consulta de la sentencia de febrero 7 de 1969 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se declaró la nulidad de la Resolución Nº 1224 de 3 de marzo de 1966 de la Caja Nacional de Previsión Social. Actor: María Guzmán vda. de Badel. (Sentencia de agosto 2 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Belisario Arciniegas) 178

6. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 3020 de junio de 1964 expedida por el Gerente General del Incora y de las resoluciones aprobatorias de ella. Actor: Sociedad The Carmen Valley Gold Mines Limited. (Sentencia de agosto 28 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez) 182

7. (Comité de Regalías). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 1 de 1969 dictada por el Comité de Regalías. Actor: Fernando Londoño H. (Sentencia de agosto 29 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez) 193

8. (Caja Nacional de Previsión Social). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 00605 de 1967 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social en cuanto hace a los artículos 4º y 2º Actor: Rodolfo García G. (Sentencia de agosto 30 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Alvaro Orejuela Gómez) 195

9. (Inderena). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 81 de 1969 dictada por el Gerente General del Inderena. Actor: Osvaldo Rengifo. (Sentencia de septiembre 19 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz) 204

10. (Superintendencia de Regulación Económica). (Hoy Superintendencia Nacional de Precios). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 359 de 1967 y la Resolución 106 de 1968 que confirmó la anterior, originarias de la Superintendencia de Regulación Económica. Actor: Protabaco. (Sentencia de octubre 23 de 1969; Sala de

Páginas

lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz. Con salvamento de voto del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro) 209

11. (Contraloría General de la República). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 000633 del 16 de enero de 1968 originaria de la Contraloría General de la República. Actor: ECOPETROL. (Sentencia de noviembre 27 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Meluk) 215

12. (Banco de la República). Acción de plena jurisdicción contra los actos administrativos emanados de la Empresa Colombiana de Turismo S. A. y que constan en las comunicaciones números 002417, 003459 y 003896 de agosto 2, septiembre 19 y octubre 23 de 1967 respectivamente. Actor: Jorge Mutis Escobar. (Sentencia de noviembre 14 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Nemesio Camacho R.) 231

13. (Superintendencia de Regulación Económica). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 012 de 10 de mayo de 1966; numeral 3º, capítulo I, de la Superintendencia de Regulación Económica, del Decreto Nº 4 de 14 de septiembre de 1966, dictado por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín, y de la Resolución 567 de 1966 del Director encargado de la Superintendencia de Regulación Económica. Actor: Sergio Alvarez C. (Sentencia de diciembre 10 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía. Con salvamento de voto de los Consejeros doctores Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar T.) 244

14. (Superintendencia de Regulación Económica). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 664 de 1967 emanada de la entonces Superintendencia de Regulación Económica. Actor: Distribuidora Tolimense de Gas Toligas. (Sentencia de diciembre 16 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernando Gómez Mejía) 262

CAPITULO CUARTO

Suspensiones provisionales y anulación de actos del orden nacional

1. (Ministerio de Trabajo). Acción de nulidad contra el artículo 1º del Decreto 995 del 26 de junio de 1968. Actor: Carlos del Castillo. (Sentencia del 26 de noviembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín) 273

2. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2169 de 1949, por el cual se establece en todo el territorio de la República el servicio de farmacias y droguerías durante la noche y en domingos y días feriados. Actor: César Castro Perdomo. (Auto de julio 4 de 1969; Sala de lo Contencioso Admi-

Páginas

nistrativo, Sección Primera. Consejero sustanciador: doctor Enrique Acero Pimentel) 280

3. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra los artículos 1º y 2º del Decreto 949 de 1969. Actor: James W. F. Raisbeck. (Auto de agosto 5 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Miguel Lleras Pizarro) ... 285

4. (Decretos reglamentarios). Recurso de súplica contra el auto de 3 de mayo de 1969 por el cual se suspendió provisionalmente el artículo 1º y su correspondiente parágrafo del Decreto 402 de 1969; la disposición acusada reglamenta el artículo 1º del Decreto legislativo 356 de 1957. Actor: Ministro de Agricultura. (Providencia de agosto 12 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez) ... 288

5. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario Nº 154 de 1968 en su artículo 63, inciso 5º Actor: Alfonso Angel de la Torre y otro. (Auto de agosto 23 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero sustanciador: doctor Gustavo Salazar Tapiero) 292

6. (Decretos reglamentarios). Recurso de súplica contra el auto que negó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto ejecutivo 250 de 1969. Actor: Vigilancia Comercial y Residencial Particular Ltda., y otra. (Providencia de agosto 26 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao) 297

7. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de nulidad contra la Resolución 206 de 16 de diciembre de 1968; originaria del INCORA. Actor: Gilberto Moreno y otros. (Auto de agosto 30 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero sustanciador: doctor Carlos Portocarrero Mutis) 301

8. (Decretos reglamentarios). Recurso de súplica contra el auto de agosto 5 de 1969, por el cual se decretó la suspensión provisional de los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto 559 de 1969. Actor: Ministro de Hacienda. (Providencia de octubre 24 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez) 309

9. (Senado de la República). Acción de plena jurisdicción contra la decisión administrativa tomada por el honorable Senado de la República en su sesión ordinaria del día 11 de septiembre de 1969. Actor: Ignacio Vives E. (Auto de octubre 29 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero sustanciador: doctor Alfonso Arango Henao) 312

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

Ordenanzas departamentales

Páginas

1. (Asamblea de Santander). Apelación de la sentencia de junio 26 de 1968 del Tribunal Administrativo de Santander. Nulidad de la ordenanza Nº 120 de 1967 de la Asamblea de Santander. Actor: Carlos Obregón G. (Sentencia de septiembre 30 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel) 321

2. (Asamblea del Cauca). Apelación de la sentencia de 28 de agosto de 1968 del Tribunal Administrativo del Cauca sobre nulidad de la ordenanza Nº 1 de 20 de octubre de 1967 expedida por la Asamblea del departamento del Cauca sobre creación del municipio de Balboa. Actor: Personero Municipal del Patía. (Sentencia de octubre 16 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel. Con salvamento de voto del Consejero doctor Jorge de Velasco Alvarez) 324

CAPITULO SEGUNDO

Suspensiones provisionales de actos del orden departamental

1. (Gobernación de Caldas). Apelación del auto de 30 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Caldas que negó la suspensión provisional del Decreto Nº 0042 de 1968 de la Gobernación de Caldas. Actor: Julio Flórez B. (Sentencia de septiembre 11 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Miguel Lleras Pizarro) 339

2. (Gobernación de Bolívar). Apelación del auto de 28 de julio de 1969 del Tribunal Administrativo de Bolívar, por el que se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución del 4 de febrero del año en curso, dictada por la Gobernación del departamento de Bolívar. Actor: Carlos Vélez Pombo. (Sentencia de noviembre 21 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Jorge de Velasco Alvarez) 343

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO UNICO

Acuerdos de los concejos

1. (Municipio de Bello). Apelación de la sentencia de 14 de diciembre de 1967 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de

Páginas

nulidad del acuerdo Nº 2 de 1965 expedido por el honorable Concejo Municipal de Bello. Actor: John Quijano A. (Sentencia de agosto 11 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: doctor Enrique Acero Pimentel) 349

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

Responsabilidad contractual

1. Recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado de COLFICOM Ltda., contra el auto por el cual se confirmó el del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que no admitió la demanda presentada el 18 de octubre de 1966 por carecer de competencia para conocer de una controversia que estimó originada en un contrato de derecho común entre la empresa demandante y el Club Militar. Actor: COLFICOM Ltda. (Sentencia de agosto 4 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez) 359

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO SEGUNDO

Responsabilidad extracontractual

1. Responsabilidad de la Nación por falla del servicio por omisión. Actor: Flor María Segura vda. de Echeverri (Sentencia de 11 de julio de 1969 en la que se niegan las peticiones de la demanda; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis) 369

2. Responsabilidad de la Nación por los daños morales y los perjuicios materiales causados por la rotura de los cables de transmisión de energía eléctrica, Circuito Eléctrico de Oriente. Actor: Pablo Emilio Pérez y otro. (Sentencia de septiembre once de 1969 en que se revoca el auto de 14 de abril del Tribunal Administrativo de Antioquia que declaró inadmisible el libelo de la demanda y en su lugar lo admite. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez) 385

3. Recurso de súplica interpuesto por el apoderado del demandante contra el auto del señor Consejero ponente, por el cual no se accede a tramitar el nuevo incidente de liquidación de perjuicios nuevamente promovido por él mediante memorial de 17 de abril de

Páginas

1969. Actor: Ludmila Gouvarevitsch de K. (Auto de octubre dos de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez) 391

4. Consulta de la sentencia de septiembre 20 de 1968 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Responsabilidad civil de la Nación por el extravío de tres cajas de partes y piezas para automóviles. Actor: Aseguradora Mercantil S. A. (Sentencia de octubre 31 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez) 395

5. Recurso de súplica contra el auto de octubre 24 de 1969 en el que el Consejero sustanciador admitió la demanda de 13 de agosto del corriente año. Actor: Importadora Almacenes Ley S. A. (Auto de 16 de diciembre de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge A. Velásquez D.) 399

TITULO V

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

1. Impuestos nacionales. Apelación del auto de 14 de marzo de 1969 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el que se inadmitió la demanda de impuestos presentada por el apoderado del señor Alberto Díaz Soler. Actor: Alberto Díaz Soler. (Sentencia de agosto 8 de 1969 que revoca el auto apelado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz) 405

2. Impuestos nacionales. Renta. Consulta de la sentencia del 25 de abril de 1969 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en que se revisó la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1959 a la First National City Bank of New York. (Sentencia de agosto trece de 1969 en que se revoca la sentencia consultada y no se accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía) .. 407

3. Impuestos nacionales. Renta. Consulta de la sentencia de julio 2 del Tribunal Administrativo de Antioquia en que se revisó la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios en 1960 a la firma Julio y José Ramírez Johns y Cía. S. A., y se accedió a las súplicas de la actora. (Sentencia de septiembre 12 de 1969 en la que se confirma la sentencia consultada. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Juan Hernández Sáenz) 417

4. Impuestos municipales. Industria y comercio. Consulta de la sentencia de 19 de agosto de 1969 del Tribunal Administrativo de Antioquia en que se revisó la liquidación de impuestos municipales por el año de 1967 a Cadenalco. (Sentencia de octubre 17 de 1969 en la que se

Páginas

confirma la sentencia consultada. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía) 419

5. Impuestos nacionales. Renta. Consulta de la sentencia del 13 de octubre de 1969 del Tribunal Administrativo del Valle en la que se revisó la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta, extraordinarios y especiales a la sociedad de responsabilidad Ltda. "Almacenes Tas" por el año de 1963. (Sentencia de diciembre 12 de 1969 en que se revoca la sentencia consultada y no se accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía) ... ...

TITULO VI

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO UNICO

Excepciones

1. Juicio por jurisdicción coactiva adelantado por la Tesorería Municipal de Paipa contra "Electrificadora de Boyacá S. A." (Sentencia de septiembre 6 de 1969; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Hernando Gómez Mejía) .. 435

INDICES

1. Indice analítico alfabético de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente tomo 445

2. Indice general del tomo LXXVII 501